Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

Unter Mitwirkung

der Herren Hofgerichtsräthe **Stempf**, **Haager**, **Brauer**, **Ottendorff**, **Dr. Puchelt**, und
des Herrn Oberhofgerichtsadvokaten **Dr. Ladenburg** nebst anderen Rechtsgelehrten
des Großherzogthums

herausgegeben

von

V. Bayer,
Oberhofgerichtsrath in Mannheim.

Dreiundzwanzigster Jahrgang.

Mannheim.
Verlag von J. Bensheimer.
1856.

Register

zum XXIII. Jahrgang der Annalen.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Erläuterungen:

a. Der Landrechtsätze.

b. Der Civil-Prozeßordnung.

c. Des Strafgesetzbuches.

d. Der Strafprozeßordnung.

e. Des Einführungsgesetzes vom 5. Februar 1851.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. **No. 1.**

I.

1) Sind bei dem Beschlag und der Zuweisung eines Kapitals die künftig verfallenden Zinsen einbegriffen, oder müssen diese in der betreffenden gerichtlichen Verfügung besonders erwähnt werden?

Das Handlungshaus W. H. Ladenburg u. Söhne klagte gegen Freiherr Friedrich v. Böcklin in Rust eine Forderung von ca. fl. 17,000 nebst Zinsen ein, und erwirkte ein verurtheilendes Erkenntniß, welches in der Weise vollstreckt wurde, daß Beschlag und später Einweisung in den Antheil des Schuldners an dem Zehntablösungskapital der Gemeinde Nonnenweier, sowie auch in den Antheil desselben an dem Staatszuschuß zu diesem Ablösungskapital erwirkt wurde. Später gerieth Friedrich v. Böcklin in Gant, was aber den Gläubiger nach § 1041 der neuen Pr.O. nicht hinderte, die bereits erwirkte Einweisung geltend zu machen. Es wurde daher zunächst der Staatszuschuß zu dem Ablösungskapital in Anspruch genommen; dagegen trat der bereits vergantete Schuldner mit einer Einsprache auf, in welcher er behauptete, der fragliche Zehnte sei Lehen, er wurde aber abgewiesen, weil er die Lehenseigenschaft des Zehnten nicht nachweisen konnte. Nun trat der Bruder desselben mit einer ähnlichen Einsprache auf, die aber keinen besseren Erfolg hatte. Um das Maas voll zu machen, erhob jetzt die Versorgungsanstalt in Karlsruhe eine Einsprache, weil der Zehnte ihr für ein Darlehen an die drei Brüder v. Böcklin verpfändet worden sei. Der hieraus erwachsene Prozeß wurde durch Vergleich erledigt, kraft dessen das Handlungshaus W. H. Ladenburg und Söhne in die Rechte der Versorgungsanstalt eintrat. Dadurch wurde es möglich gemacht, endlich den Staatszuschuß zu erheben. Jetzt wurde auch gegen die Gemeinde Nonnenweier eine Klage auf Zahlung des Zehntablösungskapitals nebst Zinsen, erhoben; die beklagte Gemeinde erkannte ihre Verbindlichkeit bezüglich des Kapitals an, widersprach aber die Zinsenforderung, indem sie die Zinsen bereits bezahlt habe. Von Seiten des klagenden Handlungshauses wurde geltend gemacht, daß durch Beschlagnahme des Kapitals auch die Zahlung der künftig verfallenden Zinsen verboten worden sei, und daß durch die Zuweisung des Kapitals jedenfalls die Zinsen kraft des Zuwachsrechts, Art. 546 u. 547 des Landrechts, dem Eigenthümer der Forderung gebühren. Der Richter erster Instanz verurtheilte demgemäß die beklagte Gemeinde zur Zahlung des Kapitals und der Zinsen, dieses Urtheil wurde aber in den höhern Instanzen dahin abgeändert, daß die Zinsenforderung abzuweisen sei.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe rechtfertigen diese Abweisung in folgender Weise:

„Der Oberappellant hat sich gegen das hofgerichtliche Urtheil nur insoweit beschwert, als er mit den durch das unterrichterliche Erkenntniß ihm zugesprochenen, vor dem 1. Januar 1853 verfallenen Zinsen in zweiter Instanz abgewiesen wurde.

Diese Beschwerde ist jedoch nicht begründet, indem durch die hofgerichtlichen Verfügungen vom 15. Dezember 1846 und 23. Dezember 1847 der beklagten Gemeinde nur die Beschlagnahme und Zuweisung des Kapitals bekannt gemacht wurde, ohne daß der Zinsen Erwähnung geschah, wie denn auch die Kläger eine Beschlagnahme und Einweisung bezüglich der Zinse nicht begehrt hatten. Die Kläger behaupten zwar, daß durch Beschlagnahme und Zuweisung der Hauptsache von selbst auch deren Früchte mit Beschlag belegt seien, wie die Cession einer Forderung auch die Cession der künftig verfallenden Zinse umfasse. Allein dieser Grundsatz ist im vorliegenden

Falle — wenigstens den Beklagten gegenüber — nicht anwendbar.

Der Gläubiger, welcher sich im Wege der Vollstreckung eine Forderung an Zahlungsstatt zuweisen läßt, wird nicht Eigenthümer der Forderung, wie der Cessionar, sondern er erwirbt nur das Recht, die Forderung einzutreiben und sich daraus befriedigt zu machen, wie aus §. 985 der Pr.O. vrgl. mit L.R.S. 1269 sich ergibt. Die Eröffnung des Beschlages kann daher der Eröffnung einer Cession nicht gleichgestellt werden, vielmehr muß hinsichtlich der ersteren der Grundsatz gelten, daß der dritte Schuldner der ausstehenden Forderung sich bezüglich der Frage, was er an den Eigenthümer der Forderung zahlen dürfe, und was nicht, lediglich an den buchstäblichen Inhalt der ihm eröffneten richterlichen Verfügung zu halten hat, indem er nicht wissen kann und nicht zu wissen schuldig ist, ob der Kläger, der nur die Beschlagnahme des Kapitals erwirkt hat, auch der Zinsen zu seiner Befriedigung bedarf, ob die Schuld in der Zwischenzeit nicht theilweise bezahlt oder durch andere Vollstreckungsmittel gedeckt worden ist.

Die hier allein maaßgebenden Vorschriften über den Beschlag auf ausstehende Forderungen bestimmen auch nirgends, daß mit dem Beschlag auf die Forderung dem Schuldner stillschweigend auch die Zahlung der künftigen Zinsen an den Eigenthümer untersagt sei, vielmehr ergibt sich aus §. 982 Abs. 1 die Regel, daß der Beschlag nur auf denjenigen Theil wirkt, auf den er ausdrücklich angelegt ist.

Es wäre daher Sache des Klägers gewesen, seine Rechte bezüglich der Zinsen ausdrücklich und in der Weise gegen die Gemeinde geltend zu machen, daß diese nicht im Zweifel sein konnte, wohin sie die Zinsen zu bezahlen habe; dagegen kann die Gemeinde, welche die zwischen den Klägern und ihrem Schuldner bestehenden Rechtsverhältnisse nicht zu kennen schuldig ist, nicht darunter leiden, daß sie sich an den buchstäblichen Inhalt des Arrestbefehls gehalten hat."

2) Kann Jemand, der mit Andern zusammen eine Schuld contrahirt, und dafür eine gemeinschaftliche Hypothek bestellt hat, verlangen, daß der Werth des Antheils seiner Mitcontrahenten an den verpfändeten Objekten, vorzugsweise zur Tilgung der Pfandschuld verwendet werde?

In dem unter 1 erzählten Rechtsstreit intervenirten die beiden Brüder des Friedrich v. Böcklin und stellten das Begehren, daß die von der Gemeinde Nonnenweier zu leistende Zahlung, selbst was den Antheil des Friedrich v. Böcklin betrifft, nicht auf dessen Schuld an das klagende Handlungshaus, sondern auf das bei der Versorgungsanstalt aufgenommene und später dem klagenden Handlungshaus cedirte Hypothekenkapital aufgerechnet werde. Sie begründeten dieses Begehren durch die Behauptung, daß sie gemeinschaftlich mit ihrem Bruder das Darleben bei der Versorgungsanstalt aufgenommen, und dafür eine gemeinschaftliche Hypothek bestellt haben; mittels der Zahlung dieser gemeinschaftlichen Schuld würden sie daher in die Rechte des Gläubigers eintreten. Art. 1251 No. 3. Außerdem wurde geltend gemacht, daß die Verpfändung die Verfügung über das verpfändete Objekt beschränkt habe, mithin auch der Gläubiger an diese Beschränkung gebunden sei. Der Richter erster Instanz wies die Intervenienten ab. Seine Entscheidung war folgendermaaßen begründet:

„Gegen die Klage des Handlungshauses Ladenburg u. Söhne in Mannheim auf Zahlung des den Herren von Böcklin zustehenden Zehntablösungskapitals durch die Gemeinde Nonnenweier traten am 7. Februar v. J. die Freiherrn Emil und Leopold v. Böcklin als Interventionskläger auf und stellten das Begehren:

> Die Interventionsbeklagten Ladenburg u. Söhne für nicht berechtigt zu erklären, das fragliche Zehntablösungskapital, insbesondere den Antheil des Friedrich v. Böcklin zur Befriedigung ihrer besondern Forderung an letztern mit fl. 17,594 vor oder neben ihrer durch Cession von der allgemeinen Versorgungsanstalt erworbenen Forderung geltend zu machen oder zu deren Tilgung zu verwenden,
>
> fürsorglich
>
> die Kläger, Interventionsbeklagten mit ihrem Gesuche, daß die Gemeinde verurtheilt werde, den Antheil des Friedrich v. Böcklin zur Tilgung der eigenen Forderung von fl. 17,594 an sie zu bezahlen, abzuweisen.

Das Interventionsrecht wollen dieselben begründen, wie folgt:

Die Intervenienten könnten kraft der Untheilbarkeit

des Pfandrechts und arg. L.R.S. 2209 verlangen, daß das zu Gunsten der allgemeinen Versorgungsanstalt verpfändete Zehntablösungskapital auch ganz seiner Bestimmung gemäß verwendet werde, damit sie durch die erfolgte Zahlung in die übrigen, nunmehr auf das Haus Ladenburg und Söhne übergegangenen Pfandrechte gemäß L.R.S. 1251. 3 eintreten.

Ferner sei Emil v. Böcklin durch Uebereinkommniß vom 1. Januar 1846 Alleineigenthümer aller Rechte der drei Gebrüder v. Böcklin an der Grundherrschaft Nonnenweier geworden; dieser Vertrag sei auch für die Interventionsbeklagten in Folge der Genehmigung derselben durch den Gläubigerausschuß der Friedrich v. Böcklin'schen Gantmasse unterm 29. November 1848 bindend geworden und können diese daher nicht mehr vorhandenen Rechte ihres besonderen Schuldners Friedrich v. Böcklin nicht mehr geltend machen. Da die Forderung der allgemeinen Versorgungsanstalt älteres und besonderes Pfandrecht habe, so müsse zudem schon nach L.R.S. 1256 und 1256a die Aufrechnung der Zahlung auf sie geschehen und dies auch bezüglich des bereits empfangenen Antheils des Friedrich v. Böcklin am Staatszuschuß der Fall sein. In dem Klagnachtrag wurde noch weiter behauptet, die gesammten grundherrlichen Rechte zu Nonnenweier seien unterm 2. August 1839 rechtsgültig zu Lehen surrogirt worden und unterliege deßhalb der Zehnte, beziehungsweise das Ablösungskapital keinem Zugriff mit Ausnahme der Forderung der allgemeinen Versorgungsanstalt.

Von Seiten der Interventionsbeklagten wurde das Einmischungsrecht bestritten, da sich die Klage weder zur Haupt- noch zur Nebenintervention eigne. Nach ihrem eigenen Vortrage und Begehren erscheint die Interventionsklage in der That unbegründet. Es läßt sich allerdings nicht leugnen, daß die Interventionskläger, insbesondere Emil v. Böcklin als reiner Pfandschuldner ein Interesse daran haben, daß das Pfandstück, das Ablösungskapital, als Surrogat des Zehntrechts auch zur Tilgung der darauf ruhenden Schulden verwendet werde, da sie im Falle die Interventionsbeklagten den Zehntablösungskapitalantheil des Friedrich v. Böcklin auf ihre eigene Forderung an denselben aufrechnen, zu gewärtigen haben, daß die übrigen von ihnen für die Forderung der allgemeinen Versorgungsanstalt zu Pfand eingesetzten Liegenschaften und Rechte bis zur gänzlichen Tilgung derselben angegriffen werden.

Allein das Begehren der Interventionskläger eignet sich weder zu einer Haupt- noch Nebenintervention, noch zu einer Einsprache. Die Letztere wäre schon formell unstatthaft, da die Zuweisung des Antheils des Friedrich v. Böcklin an Zahlungsstatt schon längst von den Interventionsbeklagten erwirkt wurde, wie die Interventionskläger selbst anführen.

Ebensowenig ist eine Nebenintervention zu Gunsten der beklagten Gemeinde Nonnenweier begründet. Da die Klage des Hauses Ladenburg gegen dieselbe sich ausdrücklich auch — wie die Interventionskläger selbst zugeben — darauf stützt, daß die Rechte der allgemeinen Versorgungsanstalt durch Cession Eigenthum derselben geworden seien, und die Gemeinde dies zugestehen mußte, so berührt die Letztere, weil sie jedenfalls die Zahlung an den rechten Empfänger leistet, dadurch von ihren Verbindlichen befreit und nach erfolgtem Urtheil die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache gegen den spätern Erwerber der beiden in der Person des Hauses Ladenburg vereinigten Forderungsrechte besitzen wird, die weitere Frage nicht, auf welche der Forderungen die Zahlung aufgerechnet werden wird.

Die Intervention bezweckt eine Freisprechung der beklagten Gemeinde von der eingeklagten Schuld; die Gemeinde wird kraft der Beschaffenheit der gegen sie gerichteten Klage jedenfalls ihrer Verbindlichkeit durch Zahlung rechtsgiltig entledigt und berührt deßhalb das Interesse der Intervenienten das der Schuldnerin nicht, ebensowenig als aus dem Unterliegen der letztern ihnen selbst folgeweise oder mittelbar Nachtheil erwachsen konnte, da die Zahlung der Aufrechnung nicht präjudiciren kann.

Es bliebe hiernach nur noch der Fall der Hauptintervention übrig. Diese setzt ein selbstständiges, eine oder beide streitende Parteien ausschließendes mit der Hauptsache in solcher Verbindung stehendes Recht voraus, daß ohne die Einmischung aus der Fortsetzung des Rechtsstreites dem Dritten Nachtheil erwachsen würde.

Die Klage des Hauses Ladenburg stützt sich im §. 3, wie bereits erwähnt, ausdrücklich auch auf die Uebertragung der Forderung der allgemeinen Versorgungsanstalt. Der Endzweck der Intervention ist die Tilgung dieser Forderung und das ihr zu Grunde liegende Interesse mit dem einen Stützpunkte der Hauptklage identisch; die Intervenienten wollen ein dem Kläger selbst zustehendes Recht zu Gunsten desselben als Rechtsnachfolger der allgemeinen Versorgungsanstalt geltend machen und kein ausschließlich ihnen selbst eigenes, noch viel weniger ein

selbstständiges. Eine Befugniß hiezu ist nun für sich schon nirgends begründet, und nun soll dieses Verhältniß einen Rechtsgrund zur Intervention gegen die Kläger selbst abgeben! —

Ob die interventionsbeklagten Kläger berechtigt sind, die Klagsumme an ihrem eigenen oder dem durch Cession erworbenen Guthaben abzurechnen, ist eine Frage, die ihre Erledigung dann finden mag, wenn die Intervenienten auf Zahlung der Restpfandschuld belangt werden, wo es ihnen zustehen wird, die Interventionsklagebehauptungen als Einrede der Zahlung vorzubringen und zu begründen."

Auf ergriffene Appellation wurde das amtliche Urtheil dahin abgeändert, daß der Intervention der Freiherrn Emil und Leopold von Böcklin insoweit stattgegeben werde, daß das von der Gemeinde Nonnenweier an das klagende Handlungshaus zu zahlende Zehntablösungskapital nebst Zinsen zunächst zur Tilgung des von den Freiherrn von Böcklin bei der allgemeinen Versorgungsanstalt aufgenommenen Anlehens nebst Zinsen und von dem etwaigen Ueberschuß nur ⅓ auf die persönliche Forderung des klagenden Handlungshauses zu verwenden sei.

Entscheidungsgründe.

Die Klage des Handlungshauses Ladenburg und Söhne gegen die Gemeinde Nonnenweier, welche Befriedigung der Kläger aus dem Nonnenweirer Zehnten zum Gegenstand hat, stützt sich auf zwei verschiedene Forderungen des klagenden Handlungshauses.

Eine dieser Forderungen besteht in einer Schuld des Freiherrn Friedrich von Böcklin zu 17,594 fl. an das klagende Handlungshaus; die andere dagegen aus einer Pfandschuld der Freiherrn Friedrich und Leopold von Böcklin an die allgemeine Versorgungsanstalt, bei welcher auch Freiherr Emil von Böcklin insoferne betheiligt ist, als das Zehntablösungskapital von Nonnenweier für diese im Jahr 1837 aufgenommene Forderung, welche im Jahr 1853 durch Rechtsübertragung an das Handlungshaus Ladenburg übergegangen ist, zu Unterpfand eingesetzt wurde.

Auf dieses thatsächliche und rechtliche Verhältniß gestützt, sind die beiden Brüder Freiherrn Leopold und Emil von Böcklin in den zwischen dem Handlungshaus Ladenburg und der Gemeinde Nonnenweier obschwebenden Rechtsstreit wegen Ausfolgung des Zehntablösungskapitals im Wege der Intervention eingetreten.

Die Richtung dieser Intervention ist nicht sowohl die, dem klagenden Gläubiger die Befriedigung seiner ganzen Forderung aus dem eingeklagten Zehntablösungskapitale unmöglich zu machen; vielmehr machen die Intervenienten einen Unterschied zwischen beiden Forderungen, wegen welcher das Handlungshaus Ladenburg klagend auftritt.

Indem sie der Geltendmachung derjenigen Forderung, welche ursprünglich der allgemeinen Versorgungsanstalt zustund, und bei der sie selbst als Schuldner oder doch als Besteller von Unterpfändern betheiligt sind, keinen Einwand entgegen gehalten, erstreben sie nur, den Gläubiger von der Deckung seiner ausschließlichen Forderung an den Freiherrn Friedrich von Böcklin durch die eingeklagte Summe abzuhalten.

Daß hier ein Interesse der Intervenienten vorliegt, denen allerdings daran liegen muß, daß das Pfandobjekte seinem Zwecke nicht entzogen werde, ist unbezweifelt. Eben so, daß der Zweck des eingeschlagenen Rechtsverfolgungsmittels dahin gerichtet ist, den Kläger mit seiner Forderung theilweise auszuschließen.

Eine solche Ausschließung ist nemlich vorhanden, wenn dem klagenden Theil die Befugniß entzogen ist, über das eingeklagte Zehntablösungskapital in der Weise nach seinem Gutdünken zu verfügen, solches beliebig an der einen oder an der andern der beiden ihm zustehenden Forderungen abzurechnen.

Es kann nun hinsichtlich zweier Drittheile dieses Ablösungskapitals kein Zweifel bestehen, daß der klagende Theil solche nicht für eine persönliche Schuld des Freiherrn Friedrich von Böcklin in Empfang nehmen und auf solche aufrechnen darf, da dieses eine Verpfändung des eingeklagten Gegenstandes hiefür, oder ein Eigenthum des Schuldners daran voraussetzen würde, allein das Begehren der Intervenienten hinsichtlich aller drei Drittheile der Forderung erscheint deßwegen begründet, weil die schon seit dem Jahr 1837 bestehende hypothekarische Eigenschaft des zum Unterpfande eingesetzten Zehntens dessen vorzügliche Verwendung zu seinem ursprünglichen Zwecke nöthig macht.

Es muß diese Eigenschaft der Pfandstücke die besondere Deckung der ursprünglichen Forderung wahren, und wie es eine Obliegenheit der Pfandbesteller ist, die Verwendung der Pfandobjekte zu diesem Zwecke gelten zu lassen, so ist es auf der andern Seite eine Befugniß derselben, daß die von ihnen bestellten Unterpfänder ihrem Zwecke nicht entzogen, nicht zu andern Zwecken verwen-

det werden, sondern im Sinne und nach der Bestimmung des Unterpfandsvertrags.

Hiernach erscheint die vom Unterrichter ausgesprochene Verwerfung der Intervention nicht als begründet, und mußte sonach, wie geschehen erkannt werden.

Auf ergriffene Oberberufung wurde das hofgerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen bestätigt:

„Die Intervenienten verlangen, daß der Antheil des Freiherrn Friedrich von Böcklin am Zehntablösungskapital nicht auf die Schuld von 17,000 fl. aufgerechnet, sondern an dem von der Versorgungsanstalt auf Unterpfand vorgeschossenen Darlehen als Zahlung abgezogen werde, oder mit andern Worten: daß aus ihrem Antheile am Zehntablösungskapitale eine größere Zahlung nicht verlangt werden dürfe, als die Bezahlung derjenigen Summe, welche nach Abzug des dem Freiherrn Friedrich von Böcklin zustehenden und dem Kläger zugewiesenen Antheils am Zehntablösungskapital von der Forderung der Versorgungsanstalt noch übrig bleibe.

Da die von dem Kläger gegen die Gemeinde Ronnenweier erhobenen Klagen die Bezahlung der klägerischen Forderungen aus dem ganzen Zehnten, somit aus den den Intervenienten mit ²/₃ gehörigen Zehntantheilen bezwecken, so sind die Intervenienten unzweifelhaft berechtigt, sich in diesen Prozeß, — wenigstens als Nebenintervenienten — einzumischen, sofern sie darthun wollen, daß aus ihrem Zehntantheile die Befriedigung einer größern Schuld begehrt wird, als sie nach den vorliegenden Umständen aus dem Unterpfande zu tilgen verpflichtet sind. Und dieser Einwand ist auch materiell begründet. Vor allem ist so viel gewiß, daß durch die Cession der Forderung der Versorgungsanstalt an den Kläger der Rechtsstand der Intervenienten nicht verschlimmert werden konnte, daß sie vielmehr dem Kläger, soweit er Befriedigung aus ihrem Zehntantheil begehrt, alle diejenigen Einwendungen entgegen zu halten berechtigt sind, welche ihnen gegen die Versorgungsanstalt zur Seite stehen würden, falls diese auf ihr Pfandrecht an dem Zehntantheil des Freiherrn Friedrich v. Böcklin verzichtet, oder in die Verwendung desselben zu einem andern Zwecke eingewilligt hätte; denn die Verwendung dieses Antheils zur Zahlung einer andern als der Unterpfandsschuld steht einem Verzichte auf das Pfandrecht bezüglich seiner Wirkung gegen die Intervenienten völlig gleich. Wenn es nun auch im Allgemeinen bestritten ist, ob demjenigen, der sein Eigenthum für die Schuld eines Anderen verpfändet, die Einrede des Bürgen aus dem Satze 2037 zustehe, und wenn ferner auch die Einrede der Vorausklage des Satzes 2170 im Hinblick auf die Bestimmung des Satzes 2171 bei einem speziellen Pfandrechte nicht Platz greift, so ergibt sich doch im vorliegenden Falle aus der Thatsache, daß von Mehreren zugleich eine ihnen gemeinschaftliche Liegenschaft für eine und dieselbe Forderung verpfändet wurde, als eine der Absicht der Parteien, sowie der Billigkeit entsprechende Folge, daß die Intervenienten befugt sind, zu verlangen, daß dasjenige, was der Kläger aus dem Zehntablösungskapitale des Freiherrn Friedrich v. Böcklin erhält, an der Forderung der Versorgungsanstalt und somit an derjenigen Schuld des Freiherrn Friedrich v. Böcklin, welche aus dem Zehntantheile der Intervenienten beigetrieben werden soll, abgezogen werden.

Wenn nämlich mehrere Miteigenthümer ihr gemeinschaftliches Eigenthum für die persönliche Schuld eines Einzelnen von ihnen gemeinschaftlich verpfänden, so ist diese Verpfändung von Seiten der Verpfänder, soweit sie nicht persönlich haften, offenbar unter der Voraussetzung geschehen, daß im Nichtzahlungsfalle der Antheil eines Jeden in gleicher Weise für die Unterpfandsforderung angegriffen werden könne, und es darf nicht angenommen werden, daß dieselben auch in dem Falle ihre Einwilligung zur Verpfändung gegeben haben würden, wenn der eine oder der andere Antheil frei geblieben, oder frei gelassen worden wäre. Der Gläubiger, welcher ein solches Anerbieten annimmt, kann es nicht in einem andern Sinne acceptiren, als es ihm gegeben worden ist, und er würde daher gegen die Absicht des Vertrags handeln, wenn er einen Theil des Unterpfandes freigeben, und seine Forderung sofort aus den andern Antheilen betreiben wollte, nachdem er den Beklagten den Rückgriff auf den mitverpfändeten Antheil abgeschnitten hat.

Ganz denselben Grundsatz hat das Gesetzbuch im Satz 1285 auf mehrere Sammtschuldner angewendet, indem er der Natur des Vertrags, wodurch Mehrere gemeinschaftlich eine Verbindlichkeit übernehmen, entspricht, und der Umstand, daß im Gesetzbuche von dem hier vorliegenden ähnlichen Falle, wo mehrere Personen ihr Miteigenthum gemeinschaftlich für eine Schuld verpfänden, nicht besonders die Rede und darauf nicht der nämliche Grundsatz ausdrücklich angewendet ist, kann den Richter in Rücksicht auf L.R.S. 1135 und 4a nicht hindern, jene Folge aus der Beschaffenheit des vorliegenden, ganz ähn-

lichen Vertragsverhältnisses als die wahre Absicht der Vertragspersonen abzuleiten."

A. d. Gr. ꝛc.

3) Mit den vorstehenden Entscheidungen kann ich mich nicht einverstanden erklären. Denn

ad 1) bestimmt Art. 547, daß alle Früchte, natürliche und bürgerliche dem Eigenthümer kraft des Zuwachsrechts gehören. Wem eine Forderung im Wege der Exekution zugewiesen ist, der wurde nach der bisherigen Praxis so betrachtet, als wenn ihm die Forderung cedirt worden wäre; da nun Art. 1692 ausdrücklich sagt, daß dem Cessionar die Zubehörden der cedirten Forderung gebühren, nach Art. 547 aber kein Zweifel obwalten kann, daß künftig verfallende Zinsen als Zubehörden der Forderung zu betrachten sind, so folgt daraus, daß diese dem eingewiesenen Gläubiger gebühren, und der Schuldner sich nicht durch Zahlung an seinen frühern Gläubiger befreien kann. Wenn nun in den Entscheidungsgründen des großh. Oberhofgerichts die Zuweisung nach Analogie des Art. 1269 nicht als Eigenthumsübertrag betrachtet wird, so ist gleichwohl zu berücksichtigen, daß auch bei der Güterabtretung nicht allein die künftig verfallenden, sondern selbst die verfallenen, aber nicht bezahlten Zinsen den Gläubigern gebühren, daher vom Schuldner nicht an den Eridar, sondern nur an die Gantmasse bezahlt werden dürfen. Uebrigens dürfte es gerade nach §. 985 der Pr.O., auf welchen sich die Entscheidungsgründe ebenfalls beziehen, sehr zu bezweifeln sein, ob die Analogie des Art. 1269 auf die Zuweisung anwendbar ist. Denn dieser Paragraph bestimmt, daß der Beklagte, d. h. derjenige, dessen Ausstand dem Gläubiger zugewiesen wurde, für die Einbringlichkeit der zugewiesenen Forderung haften müsse. Diese Bestimmung läßt sich nicht mit der Unterstellung vereinigen, daß der Beklagte Eigenthümer der zugewiesenen Forderung bleibt. Denn was sollte das heißen, daß er für seine eigene Forderung haften müsse? So lange er Eigenthümer der Forderung ist, geht diese nur ihm verloren, wenn sie unbeibringlich ist; das versteht sich von selbst, und bedarf keiner gesetzlichen Bestimmung. Umgekehrt aber, wenn der Gläubiger durch die Zuweisung Eigenthümer wird, entsteht die Frage, ob der Gläubiger, der durch die Zuweisung eine Zahlung erhält, einen Rückgriff auf seinen Schuldner in dem Fall hat, wenn die zugewiesene Forderung nicht beibringlich ist? Und diese Frage ist durch §. 985 der Pr.O. entschieden. Es kann auch noch §. 1041 der Pr.O. für die hier vertheidigte Ansicht angeführt werden. Sobald eine Forderung zugewiesen ist, findet keine Einsprache dritter Gläubiger statt, auch wenn keine andern angreifbaren Vermögensstücke des Schuldners mehr vorhanden sind. Diese Bestimmung schließt den Gedanken aus, daß der Schuldner auch nach der Zuweisung noch Eigenthümer der zugewiesenen Forderung ist, weil nach Art. 2092 und 2093 das ganze Vermögen des Schuldners zur Befriedigung aller Gläubiger gleichmäßig verwendet werden muß. Ist die zugewiesene Forderung noch ein Theil des Vermögens des Schuldners, so haben alle Gläubiger gleichmäßigen Anspruch auf Befriedigung aus derselben; die Zuweisung könnte keinen Vorzug begründen. Wie kömmt es nun, daß §. 1041 dennoch die Einsprache dritter Gläubiger nicht zuläßt? Ich kann mir keinen andern Grund denken, als daß der Gesetzgeber in der Zuweisung einen Eigenthumsübergang unterstellt, zumal §. 1043 ausdrücklich erklärt, daß die Ergebnisse der Vollstreckung zur Gantmasse zu ziehen sind, ohne daß der Gläubiger, welcher die Vollstreckung erwirkt hat, durch die Vollstreckung ein Recht auf vorzügliche Befriedigung erlangt. In der Vollstreckung liegt demnach kein Grund zu der Bevorzugung des Gläubigers, der die Zuweisung erwirkt hat; erst die Zuweisung hat diese Wirkung nicht nur den einzelnen Gläubigern, sondern auch, wie aus dem zweiten Absatz des §. 1043 hervorgeht, der Gantmasse gegenüber. Diese letzte Bestimmung wird es wohl außer allem Zweifel setzen, daß die Zuweisung gleich der Cession einen Eigenthumsübergang bewirkt.

ad 2) Nach Art. 2092 und 2093 ist das gesammte Vermögen des Schuldners allen Gläubigern gleichmäßig verhaftet, und der Erlös aus dessen Verkauf muß unter ihnen gleichmäßig vertheilt werden, so oft nicht rechtmäßige Ursachen zu einer Bevorzugung eines einzelnen Gläubigers vorhanden sind. Jeder Gläubiger darf daher zu seiner Befriedigung auf jeden beliebigen Theil des Vermögens seines Schuldners greifen, sofern nicht besondere gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen, wie dies z. B. bei Lehen, Stammgütern und bei Competenzstücken der Fall ist, vrgl. Art. 2204 u. f., §. 949 u. f. der Pr.O. Vorzugs- oder Unterpfandsrechte eines Gläubigers hindern die Vollstreckung nicht, vielmehr hat das Gesetz besondere Vorsorge für sie getroffen, s. §. 1003. 1024 der Pr.O., und überdies zur Wahrung derselben ein Recht

der Einsprache eingeräumt, §. 1039 ibid. Dem Schuldner dagegen ist nirgendwo gestattet, dem betreibenden Gläubiger das Vorzugs- oder Unterpfandsrecht eines dritten Gläubigers entgegenzuhalten, diesem bleibt vielmehr anheim gestellt, seine Rechte selbst zu wahren. Umgekehrt wird aber auch kein Dritter den Schuldner zwingen können, zuerst die Unterpfandsgläubiger zu befriedigen; er darf vielmehr, so lange er nicht vergantet ist, einen Chirographar-Gläubiger befriedigen, selbst wenn er Hypotheken-Schulden hat. Hieran zweifelt gewiß Niemand. Auch wenn Jemand verbürgte und nicht verbürgte Schulden hat, wird der Bürge den Hauptschuldner nicht zwingen können, vorzugsweise die verbürgte Schuld zu zahlen, vielmehr kann er nur in den im Art. 2032 vorgesehenen Fällen auf Schadloshaltung gegen den Hauptschuldner klagen. Aber auch wider den Gläubiger, der eine verbürgte und eine nicht verbürgte Forderung an den nemlichen Schuldner hat, steht dem Bürgen kein Recht zu, zu verbindern, daß jener sich für die nicht verbürgte Forderung früher als für die verbürgte zahlen läßt, oder daß er die Zahlung der nicht verbürgten Forderung gerichtlich betreibt, wegen der andern aber ruhig zusieht, weil er denkt, der Bürge sei ihm nöthigenfalls gut. In diesem Fall mag der Bürge dem Gläubiger Zahlung leisten, dadurch in dessen Rechte eintreten, Art. 2029, und dann wider den Hauptschuldner klagen. Ebenso haben mehrere Sammtschuldner kein anderes Mittel, sich dagegen zu schützen, daß der Gläubiger, der zweierlei Forderungen hat, die eine beitreibt, die andere beruhen läßt. Niemand wird ihnen das Recht einräumen, in dem Prozeß des Gläubigers gegen ihren Mitschuldner zu interveniren, um zu bewirken, daß aus den Mitteln ihres Mitschuldners vorzugsweise die gemeinschaftliche Schuld bezahlt wird; und dennoch ist es klar, daß der Bürge, wie der Sammtschuldner sehr dabei interessirt sind, daß die Schuld, bei welcher sie mitverhaftet sind, aus den Mitteln des Schuldners bezahlt wird, damit nicht der Rückgriff auf sie genommen werde. Wenn nun mehrere Personen ein gemeinsames Unterpfand bestellen, so haben sie ebenfalls ein Interesse, daß aus dem Unterpfand nur diejenige Forderung bezahlt werde, für welche das Unterpfand bestellt wurde. Können sie aber einem andern Gläubiger, der auf den Antheil seines Schuldners an dem Unterpfand greift, mit der Einrede entgegen treten, es sei das Unterpfand zunächst zur Tilgung der Unterpfandsschuld zu verwenden? Der Unterpfandsgläubiger kann Einsprache erheben, das ist keine Frage, aber worauf wollen die Mitschuldner ihre Einsprache stützen? Allein auf das Interesse, daß das Unterpfand zur Tilgung der Unterpfandschuld verwendet werde? In dieser Beziehung stehen sie dem Bürgen und dem Sammtschuldner überhaupt gleich, d. h. sie haben das nämliche Interesse, wie diese, aber ihnen stehen keine andere Rechtsmittel zur Seite.

Wer eine Hypothekenschuld übernimmt, muß von vornherein schon darauf gefaßt sein, die ganze Schuld zu zahlen oder vom Unterpfand abzutreten, Art. 1221. 2168; er hat daher nicht einmal einen Grund, sich zu beschweren, wenn er in Folge dessen auch wirklich zur Zahlung der ganzen Hypothekenschuld angehalten wird. Schon aus diesem Grund ist die oberhofgerichtliche Entscheidung nicht haltbar. Mir scheint der vorliegende Fall ganz ebenso beurtheilt werden zu müssen, wie wenn zwei verschiedene Gläubiger vorhanden wären. Der Chirographargläubiger greift im Weg der Vollstreckung auf das Unterpfand, der Unterpfandsgläubiger rührt sich nicht; dagegen interveniren die Mitschuldner dessen, gegen welchen die Vollstreckung gerichtet ist, weil, wenn dessen Unterpfandsobjekte zur Zahlung der Chirographarschuld verwendet werden, die von ihnen eingesetzten Unterpfänder für die ganze Hypothekenschuld haften. Diese Folge liegt aber schon in der Natur einer Hypothekenschuld, da jeder Besitzer eines Unterpfands, sei es nun des Ganzen oder eines Theils, die ganze Schuld zahlen oder vom Unterpfand abtreten muß.

Der Unterpfandsgläubiger kann jeden Mitschuldner mittels der actio hypothecaria aufs Ganze belangen, daher dieser nicht einmal ein rechtliches Interesse nachweisen kann, um bei der von dem Chirographargläubiger erwirkten Vollstreckung zu interveniren.

Wenn wir nun auch davon absehen wollen, daß wegen des Mangels eines rechtlichen Interesse die Intervention überhaupt gar nicht zuläßig war, so entsteht immer noch die Frage, ob denn der erhobene Einwand an und für sich begründet war? Denken wir uns wieder zwei verschiedene Gläubiger, von denen der Chirographargläubiger die Vollstreckung auf Liegenschaften erwirkte, welche der Schuldner gemeinschäftlich mit Andern zu Unterpfand gegeben hat, so ist es begreiflich, daß die Mitschuldner Einsprache erheben können, wenn auf ihr Eigenthum gegriffen wird; wenn aber die Vollstreckung nur das Eigenthum ihres Mitschuldners betrifft, so kann ich keinen

Rechtsgrund zu einer Einsprache oder zu einer Intervention derselben entdecken. In den Entscheidungsgründen des großh. Hofgerichts ist in dieser Beziehung mehr nicht angeführt, als daß, sowie es eine Obliegenheit der Pfandbesteller ist, die Verwendung der Pfandobjekte zum Zweck der Tilgung der Pfandschuld gelten zu lassen, es auf der andern Seite eine Befugniß derselben sei, daß die von ihnen bestellten Unterpfänder ihrem Zwecke nicht entzogen werden. Aber es handelte sich im vorliegenden Fall nicht um die von ihnen bestellten Unterpfänder, sondern um das von ihrem Mitschuldner (Friedrich v. Böcklin) bestellte Unterpfand. Sollte jene Argumentation, dem Sinn nach, auch hierauf bezogen werden wollen, so müßte für die behauptete Befugniß ein besserer Grund beigebracht werden können. Denn wenn auch Rechte und Verbindlichkeiten mit einander correspondiren, so wird man doch diese Correspondenz nur dahin verstehen können, daß der Umfang des Rechts des Gläubigers sich gerade soweit erstreckt, als die Verbindlichkeiten des Schuldners. Es correspondiren die Rechte des Einen mit den Verbindlichkeiten des Andern. Wie man aber aus der Verbindlichkeit des Schuldners folgern kann, daß er die entsprechende Befugniß habe, bleibt wohl ein Räthsel. Auch hat das großh. Oberhofgericht sich diesen Entscheidungsgrund nicht angeeignet, vielmehr geht dieser Gerichtshof von der Ansicht aus, daß durch die Cession die Lage der Schuldner nicht verschlimmert werden konnte; es sei darum der vorliegende Fall gerade so zu betrachten, als wenn die Versorgungsanstalt Pfandgläubiger, die Kläger Chirographargläubiger wären. In diesem Fall, sagen die Entscheidungsgründe, sei es zweifelhaft, ob Art. 2037 anwendbar sei. Was sagt nun dieser Artikel? „Der Bürge ist seiner Verbindlichkeit los, sobald der Gläubiger es unmöglich macht, daß der Bürge in seine Rechte, Pfänder und Vorzüge eintreten könne." Da aber der Chirographargläubiger keine weiteren Rechte, Pfänder und Vorzüge hat, so kann von einer Anwendung des Art. 2037, ihm gegenüber, keine Rede sein. Dem Unterpfandsgläubiger aber könnte vielleicht ein solcher Einwand entgegen gehalten werden; die Mitschuldner könnten nemlich sagen, dieser habe zugegeben, daß ein Theil des Unterpfandes zu einem andern Zweck verwendet werde, er könne sie mithin, wenn sie zahlen, nicht in alle seine Rechte, Pfänder und Vorzüge einsetzen. Nur so wäre der Einwand denkbar. Nun handelte es sich aber im vorliegenden Fall nicht um die Klage des Unterpfandsgläubigers, sondern um die Frage, ob die Mitschuldner mittels der Intervention verhindern konnten, daß der Chirographargläubiger aus dem Unterpfand befriedigt werde? Für diese Frage ist der Art. 2037 ohne Bedeutung.

Es scheint aber, daß der höchste Gerichtshof die beiden Fragen vermengt hat. Dies geht noch deutlicher aus dem weitern Verlauf der Entscheidungsgründe hervor. Denn es wird dort behauptet, es sei anzunehmen, daß die Intervenienten ihre Einwilligung zur Verpfändung nicht gegeben hätten, wenn der eine oder andere Theil frei geblieben wäre.

Dieses Argument paßt offenbar nur auf den Fall, wenn der Unterpfandsgläubiger Zahlung verlangt, nicht aber, wenn es sich, wie hier, nur von der Frage handelt, ob der Chirographargläubiger auf die Unterpfänder greifen kann? Endlich zeigt auch die Bezugnahme auf Art. 1285, daß beide Fragen verwechselt wurden. Denn dieser Artikel behandelt den Fall, wenn einem der Sammtschuldner die Schuld erlassen wurde. Nun existirten aber im vorliegenden Fall mehrere Schuldner nur in Bezug auf die Hypothekenschuld, nicht aber in Bezug auf die Contocorrentschuld; bei dieser kann mithin Art. 1285 gar nicht zur Anwendung kommen. Aus allem geht hervor, daß der Entscheidung des höchsten Gerichtshofs ein Irrthum zu Grund liegt, indem man sich mit der Frage beschäftigte, welche Folge es für die Hypothekenschuld habe, wenn der Hypothekengläubiger geschehen lasse, daß ein Theil seines Unterpfandes zur Tilgung einer andern Schuld verwendet wird? Diese Frage mochte alsdann zur Erörterung kommen, wenn einmal der Hypothekargläubiger klagend aufgetreten wäre: dann wäre aber den in den Entscheidungsgründen enthaltenen Erwägungen der schon oben hervorgehobene Einwand entgegen gehalten worden, daß Jeder, der eine Liegenschaft zu Unterpfand einsetzt, sich der Folge unterwirft, die ganze Schuld zahlen oder vom Unterpfand abtreten zu müssen, ferner daß wegen der Untheilbarkeit des Unterpfandrechts diese Folge in Bezug auf jede einzelne Parcelle der zum Unterpfand gegebenen Liegenschaften eintritt, Art. 2114, woraus sodann folgt, daß der Unterpfandsgläubiger Jeden, der auch nur eine Parcelle des Unterpfands besitzt, auf's Ganze belangen kann; wenn nun diese Lage der Unterpfandsschuldner eine schon ursprünglich durch die Natur des Unterpfandsrechts gegebene ist, mit welchem Grund sollten sie sich darüber beschweren können, daß nunmehr auch dasjenige wirklich eintritt, wozu sie sich ursprünglich bei Bestellung des Unterpfands verbindlich gemacht haben? Unterpfandsschuldner sind in gewissem Sinn, d. h. insoweit sie nicht vom Unterpfand abtreten wollen, Sammtschuldner, und haben folglich, wenn sie die ganze Schuld zahlen, den in Art. 1214 den Sammtschuldnern vorbehaltenen Rückgriff auf den Mitschuldner. Der Art. 1285 kann aber nur da zur Anwendung kommen, wo Einem der Sammtschuldner die Schuld erlassen wurde, nicht aber da, wo der Gläubiger von seinem ursprünglichen Recht, Jeden der Unterpfandsschuldner auf das Ganze zu belangen, Gebrauch macht.

Dr. Ladenburg.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 2.

I.

Theilungssache.

1) Die Klage auf Umstoßung einer Theilung wegen Verkürzung steht nicht blos den gesetzlichen Erben, sondern auch den Testamentserben oder Erbnehmern zu.

2) Durch die Anerkennung oder Genehmigung eines Theilungsaktes verzichtet der Erbe, welcher dadurch verkürzt ist, nicht auf die Umstoßungsklage, die vielmehr eine anerkannte Theilung voraussetzt.

3) Auch durch die Veräußerung eines Erbloosses geht das Recht des Miterben, die Theilung wegen Verkürzung über ein Viertel anzufechten, nicht verloren.

4) Ein stillschweigender Verzicht kann nur da angenommen werden, wo ganz unzweideutige Handlungen dafür sprechen.

(Annalen XXII. 307.)

Birmelin gegen Eselgroth.

Im Februar 1846 verehelichten sich Carl Wilhelm Birmelin und Katharina Müller zu Königsschaffhausen nach den Regeln der gesetzlichen Gütergemeinschaft und erzeugten ein Kind, welches am 3. Januar 1847 geboren und bei der Taufe mit dem Namen seines Vaters versehen wurde.

Am 3. Mai 1847 starb der Ehemann mit Hinterlassung eines Testamentes, worin er seinen ganzen Vermögensnachlaß seiner Ehefrau zum alleinigen Eigenthum vermacht hatte.

Es verständigten sich jedoch die Wittwe und der Pfleger des Kindes vor der Theilungsbehörde dahin, daß dem letzteren von dem Nachlasse seines Vaters der gesetzliche Pflichttheil zukommen soll.

Von dem zu 9106 fl. 36 kr. berechneten Nachlasse des Ehemannes erhielt dessen Wittwe ein Viertheil (statt der Hälfte) mit 2276 fl. 39 kr. und dessen Kind den Rest mit 6829 fl. 57 kr. zugetheilt.

Am Schlusse des Theilungsoperates heißt es:

„Hierauf haben die Betheiligten und der Familienrath diese ihnen im Beisein der Zeugen wörtlich vorgelesene Urkunde anerkannt und mit den Zeugen und dem Notar eigenhändig unterschrieben,"

worauf die Unterschriften der Katharina Müller, des Pflegers ihres Kindes u. s. w. folgen.

Dieses geschah unterm 28. August 1847.

Am nemlichen Tage schenkte die C. W. Birmelin'sche Wittwe die ihr aus dem ehemännlichen Nachlaß zugetheilten Forderungen im Gesammtbetrage von 2276 fl. 39 kr. als freiwilligen Rückersatz des Vermächtnisses ihres Mannes dem Sohne Karl Wilhelm mit dem Vorbehalte des Rückfalls, wenn sie denselben und seine Nachkommen überleben sollte.

Diese Schenkung wurde von dem Pfleger des Kindes angenommen, und die obervormundschaftliche Ermächtigung hiezu ertheilt.

Der minderjährige C. W. Birmelin folgte aber am 9. Januar 1854 seinem Vater im Tode nach und zwar mit Hinterlassung eines zu 6860 fl. 39 kr. inventirten Vermögens, worunter jedoch die geschenkten 2276 fl. 39 kr. nicht begriffen sind.

Von diesem Vermögen wurde die eine Hälfte der Mutter und die andere den Brüdern der Großmutter des Erblassers, Anna Katharina Eselgroth, bei der Theilung zugeschieden.

Die Wittwe Birmelin versagte jedoch diesem Geschäfte die Genehmigung und erhob im September 1854, gestützt auf L.R.S. 887, gegen die beiden Eselgroth eine Klage, womit die Theilung v. 28. August 1847 wegen Verkürzung über ¼ angefochten wurde, weil ihr nach L.R.S. 913 von dem durch das ehemännliche Testament vom 2. Mai 1847 vermachten Vermögen die Hälfte mit 4553 fl. 18 kr. gebühre. Demzufolge sollte die Theilung von 1847 aufgehoben, eine neue Theilung vorgenommen und darin der Klägerin die Hälfte des ehemännlichen Nachlasses zugeschieden, auch folgeweis die Verlassenschaft des Sohnes C. W. Birmelin jener Abänderung gemäß vertheilt werden.

Die Beklagten machten dagegen geltend, daß die Theilung von 1847 von der Klägerin anerkannt und durch Unterschrift genehmigt, somit auf jede Anfechtung derselben von ihrer Seite verzichtet sei.

Außerdem wurden der Klage folgende Einreden entgegengesetzt:

1) Die Klägerin habe den ihr durch die Theilung vom 28. August 1847 aus der ehemännlichen Verlassenschaft zugeschiedenen Antheil von 2276 fl. 39 kr. am nemlichen Tage ihrem Sohne geschenkt und in der deßfallsigen Urkunde ausdrücklich erklärt: „Das gegenwärtige Geschenk dient als freiwilliger Rückersatz eines Vermächtnisses, welches die Schenkerin von dem Vater des Beschenkten erhalten hat. Das Geschenk soll deßhalb als ein vorwurfsfreier Vorraus behandelt werden."

Hieraus gehe hervor, daß es der Klägerin gleichgültig gewesen, ob ihr von der Verlassenschaft ihres Mannes ½ oder ¼ zugetheilt worden, da sie von dem ihr durch das ehemännliche Testament zugewendeten Vortheil, dem Kinde gegenüber, keinen Gebrauch machen wollte. Es liege in diesem Vorgange nicht nur eine stillschweigende, sondern eine ausdrückliche, wörtliche Verzichtleistung auf eine Klage wegen Verkürzung.

2) Die Klägerin habe mehrere von den Liegenschaften, welche durch die Theilung von 1847 ihrem Sohne zugefallen, mit obervormundschaftlicher Ermächtigung verkauft und die Erlöse bei der Theilung von 1854 sich als eine eigene Schuld aufrechnen lassen. Dadurch sei die frühere Theilung stillschweigend genehmigt und somit auf das Recht der Klage wegen Verkürzung verzichtet worden.

Das bisher Angeführte bildet die thatsächliche Grundlage des Rechtsstreits, welcher in erster Instanz dahin ausging, daß die Klage abgewiesen wurde, weil die Wittwe Birmelin in ihrer Eigenschaft als Theilhaberin an der Gemeinschaft durch das Operat vom 28. August 1847 nicht verkürzt, und in ihrer Eigenschaft als Erbnehmerin zur Verkürzungsklage nicht berechtigt sei, welche das L.R.S. 887 nur den Miterben einräume.

Dieses Urtheil erhielt die hofgerichtliche Bestätigung, jedoch aus andern Gründen. Unter Bezug auf

Archiv für die Rechtspflege rc. II. 334,
Jahrbücher, n. F. VI. 114, XI. 158,
Zachariä, (5. Aufl.) §. 626 Note 1 u. §. 719

adoptirte nemlich der Gerichtshof die Ansicht, daß nicht allein Miterben im engern Sinne, sondern auch Ehegatten und deren Erben unter sich und einander gegenüber zur Anfechtung von Gemeinschaftstheilungen wegen Verkürzung über ¼ berechtigt seien; dagegen fand der Oberrichter in der Thatsache, daß sich die Klägerin mit dem ihr durch die Theilung vom 28. August 1847 zugewiesenen ¼ des testamentarischen Anspruchs begnügte und darüber sofort durch eine Schenkung unter Lebenden zu Gunsten ihres Sohnes verfügte, einen Verzicht auf das ganze, durch letztwillige Verfügung vom 2. Mai 1847 zugedachte Erbvermächtniß, an welchen die Klägerin auch den jetzigen Beklagten gegenüber, um so mehr gebunden sei, als sie thatsächlich nicht gehörig zu begründen und darzuthun vermochte, daß sie die in der Theilung von 1847 erlittene Verkürzung erst nach der Veräußerung ihres damaligen Erbantheils, d. i., nach der zu Gunsten ihres Kindes getroffenen Schenkung unter Lebenden — entdeckt habe.

Glücklicher war die Klägerin in dritter Instanz, indem dort abändernd erkannt wurde:

„Es sei die Theilung des Nachlasses des Carl Wilhelm Birmelin vom 28. August 1847 aufzuheben und hiernach jener Nachlaß dahin zu vertheilen, daß der Klägerin die Hälfte davon zugeschieden werde, und folgeweise auch die Verlassenschaft ihres Sohnes C. W. Birmelin jener Abänderung gemäß zu vertheilen sei."

Das großh. Oberhofgericht erklärte sich mit dem großh. Hofgerichte darin einverstanden, daß die Umstoßungsklage nicht blos den gesetzlichen Erben, sondern auch den Testamentserben zukomme, und daß die vorliegende Klage nach den L.R.S. 913 und 887 als in Rechten begründet erscheine.

In Bezug auf die Einreden, wie solche bereits ange-

führt wurden, besagen die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe:

„In der unterschriftlichen Anerkennung der Theilungsurkunde liegt noch überall kein Verzicht auf die Umstoßungsklage, vielmehr bildet diese Vollendung des Theilungsgeschäfts die nothwendige *Voraussetzung* dazu. Eine *nicht* anerkannte Theilung ist für den die Unterschrift Verweigernden nur ein Theilungs-*Entwurf*, der ihn nicht bindet und zu dessen Unwirksamkeit es keiner Umstoßungsklage bedarf. Eine solche Klage findet vielmehr nur gegen eine anerkannte und bis zur Umstoßung giltige Theilung statt. Eben deßwegen liegt auch kein solcher Verzicht darin, daß die Klägerin den Theilungsact anerkannte und unterschrieb, obschon der Notar, ungeachtet der Pfleger des Kindes nur den *gesetzlichen Pflichttheil* (also die Minderung des Vermächtnisses auf die *Hälfte* des Nachlasses) verlangt hatte, doch eine Minderung bis auf ein *Viertheil* vornahm und berechnete. Es liegt hierin ein Verzicht um so weniger, als die Klägerin klar und deutlich die Absicht ausgesprochen hatte, dem Kinde nur den *gebührenden Pflichttheil* zu geben, welchen der Pfleger angesprochen hatte, und als die Theilungsurkunde mit keinem Wort andeutet, daß sie eine andere Erklärung abgegeben habe; so daß die falsche Berechnung des Notars lediglich einem Versehen desselben zuzuschreiben ist, welches der Klägerin entging und ihre Verletzung begründete.

Zwar schenkte die Klägerin in öffentlicher Urkunde vom nämlichen Tag die Kapitalien, welche ihr bei der Theilung als Vermächtniß ihres Mannes zugewiesen wurden, ihrem Kind und behielt sich nur den Rückfall vor, wenn sie den Beschenkten und seine etwaigen Nachkommen überleben würde (welcher Fall eintrat). Allein hierin kann nicht die Absicht gefunden werden, auf das weitere, ihr gebührende Viertheil des ehemännlichen Nachlasses *unbedingt und ohne Rückfallsvorbehalt* zu verzichten und der Umstoßungsklage sich zu begeben; sondern es läßt sich höchstens unterstellen, sie würde, wäre ihr damals die volle, nach dem Testament gebührende Hälfte des Nachlasses zugetheilt worden, darüber in *gleicher Weise*, wie über das ihr zugeschiedene Viertheil zu Gunsten des Kindes verfügt haben, also *unter Vorbehalt des Rückfalls*.

Offenbar hatte sie zwei Gesichtspunkte im Auge: auf der einen Seite wollte sie auf Kosten ihres Kindes und dessen Nachkommen keinen Vortheil aus dem Testamente ihres Mannes ziehen, auf der andern Seite aber auch in ihrer Uneigennützigkeit nicht so weit gehen, daß, wenn ihr Kind und dessen etwaige Nachkommen vor ihr sterben würden, das Vermögen ihr entzogen und auf entfernte Verwandte fallen sollte.

L.R.S. 892 läßt die auf *Arglist* oder *Gewalt* gegründete Umstoßungsklage nicht mehr zu, wenn der klagende Miterbe sein Loos ganz oder zum Theil *veräußert* hat, nachdem er den Betrug entdeckt hatte oder der Zwang beseitigt war. Der *Grund* des Gesetzes ist die Vermuthung, daß der Miterbe selbst anerkannt habe, es fehle ihm an einer gültigen Ursache zur Umstoßung der Theilung, weil er sich durch die *Veräußerung* in die Unmöglichkeit versetzte, die Sache in ihren ursprünglichen Zustand zurückzubringen.

Malleville, comment. ad art. 892.

Will man diese Gesetzesstelle, welche nur von der auf *Arglist* oder *Gewalt* gebauten Klage spricht, wegen *Gleichheit des Grundes* auf die *Verkürzungsklage* ausdehnen; so kann sie doch auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden, weil hier gerade der *Grund des Gesetzes nicht anschlägt*. Denn das Loos der Klägerin bestand lediglich aus *Kapitalien*. Der Einzug und die Verwendung von baarem Gelde oder ausstehenden Kapitalien paßt aber nicht unter den Begriff einer *Veräußerung*, welche den Miterben in die Unmöglichkeit versetzt, die Sachen in den früheren Stand zurückzubringen. Geld und andere vertretbare Sachen lassen sich wieder darstellen und hindern alsdann die Theilung in keiner Weise.

Noch weniger schlägt der Grund des Gesetzes alsdann an, wenn — wie im vorliegenden Fall — der klagende Miterbe sein Loos gerade *dem Miterben geschenkt* hat, gegen welchen (oder gegen dessen Rechtsnachfolger) die Verkürzungsklage erhoben wird und in dessen Vermögen die geschenkten Sachen sich befinden, so daß eine Berichtigung der Theilung ganz leicht geschehen kann, indem die Klägerin mit den bereits empfangenen Kapitalien zurücksteht.

3) Die Beklagten wollen einen Verzicht auf die Umstoßungsklage auch darin finden, daß die Klägerin von den Liegenschaften im Anschlag von 4610 fl., welche bei der Theilung von 1847 ihrem Kind ausschließlich zugetheilt wurden, bald nachher das Haus um 4000 fl. und den Wald um 205 fl. mit *obervormundschaftlichen Ermächtigung* verkauft und das Theilungsoperat von 1851 auf Absterben des Kindes, worin diese

1285 fl. nebst 841 fl. eingehobener Kapitalien als Schulden der Klägerin bezeichnet sind, anerkannt und dadurch stillschweigend der Umstoßungsklage sich begeben habe. L.R.S. 1338.

Allein in der Einholung der obervormundschaftlichen Ermächtigung liegt noch keine freiwillige Erfüllung des Theilungsactes oder eine Handlung, zu welcher sie nur unter Voraussetzung der Anerkennung des Theilungsactes veranlaßt sein konnte, L.R.S. 1108 b. 1338. Jene Einholung war nothwendig, auch wenn die Klägerin kein ausschließliches, sondern nur ein Miteigenthum ihres Kindes an jenen Liegenschaften anerkannte.

In der Theilung auf Absterben des Kindes vom Jahr 1854 setzte der Notar die von der Mutter eingezogenen Ausstände unter die Forderungen der Erbmasse an die Klägerin, und diese unterschrieb den Theilungsakt, allein erst nachdem sie vorher Fol. 7 die Erklärung darin niedergelegt hatte, daß sie die Erbschaft antrete und keinerlei Erbrecht von Verwandten des väterlichen Stammes anerkenne. Sie nahm also in einem und demselben Akt, in welchem jene Gelder als ihre Schuld bezeichnet wurden, diese ausschließlich in Anspruch, und erhob, als die jetzigen Beklagten mit Erbansprüchen auftraten, die Umstoßungsklage. Unter diesen Umständen läßt sich ein sicherer Schluß aus jener Geschäftsbehandlung auf einen Verzicht der Klägerin auf die Umstoßungsklage nicht ziehen." D. R.

II.

1) Im Herzogthum Nassau erfolgt die Vollstreckung der von ausländischen Gerichten erlassenen Urtheile nicht auf Requisition, sondern nur auf unmittelbaren Antrag der Parteien bei den dortigen Gerichten.

2) Die Vollstreckungsart des §. 982 folg. Pr.O. (Beschlag auf ausstehende Forderungen) findet nur auf Geldforderungen, nicht auch auf Erbansprüche Anwendung.

3) Ueber Erwerbung von Unterpfandsrecht an Liegenschaften im Ausland entscheiden die Gesetze des Staats, in welchem sie liegen L.R.S. 3 Abs. 2. Auf den Erlös aus solchen Liegenschaften kann daher ein Vorrecht auf den Grund des L.R.S. 2218 a 4 nicht in Anspruch genommen werden.

Im Juli 1852 entfernte sich Bierbrauer Joseph Leicher von Heidelberg aus seinem Wohnort, ohne einen Vertreter für seine Angelegenheiten zurückzulassen. Es wurde hierwegen auf Antrag seiner Verwandten und Gläubiger eine Aufnahme des Vermögens im Rechtspolizeiwege angeordnet und ein Abwesenheitspfleger für Joseph Leicher in der Person des Buchhändlers Hofmeister bestellt, auf dessen Antrag am 31. December 1852 großh. Oberamt Heidelberg Gant gegen J. Leicher erkante. Das Gantverfahren fand durch das Ganturtheil vom 12. Juli 1853 und den Vertheilungsbescheid vom 31. März resp. 6. April 1854 (verkündet am 19. ejd.) seine Erledigung.

Bald nachher fiel dem Joseph Leicher durch den Tod seiner Großmutter, der Georg Döft Wittwe in Höchst, eine Erbschaft zu. Verschiedene Gläubiger, welche in der Gant nicht vollständig befriedigt wurden, namentlich Thomas Gätschenberger, Bäckermeister Phil. Treiber, Ludwig Merle, Bierbrauer Gundt und Weinhändler Oswald Feiß beantragten bei dem großh. Oberamt Heidelberg die Anlegung eines Arrestes auf diese Erbschaft, um damit zur Befriedigung für ihre Restforderungen zu gelangen. Das herzoglich Nassauische Justizamt zu Höchst weigerte sich aber, die Arrestverfügung der Theilungsbehörde (Landesoberschultheißerei zu Höchst) zustellen zu lassen, weil nach dortigen Gesetzen die Vollstreckung ausländischer Urtheile nicht auf Requisition, sondern nur auf unmittelbaren Antrag der Parteien stattfinde, und die vom großh. Oberamte Heidelberg erlassene Verfügung für die Theilungsbehörde keine rechtliche Wirkung erzeuge.

Für Thomas Gätschenberger war am 15. Mai 1854 ein Arrestdecret, und am 19. Juni 1854 eine Zuweisungsverfügung (§. 982 Pr.O.) erlassen und dem Abwesenheitspfleger Hofmeister am 17. Mai resp. 21. Juni 1854 zugestellt worden, während die Zustellung an die Theilungsbehörde aus dem angeführten Grund unterblieb.

Das Schreiben des herzogl. Nassauischen Justizamts Höchst wurde dem Anwalt des Thomas Gätschenberger am 27. Juni 1854 eröffnet.

Der Massepfleger in der früheren Gant (Actuar Ehe-

valier) der zugleich von mehreren Gläubigern (darunter Gätschenberger selbst) zur Wahrung ihrer Rechte bezüglich jener Erbschaft beauftragt war, beantragte hierauf am 27. Juli 1854 bei dem Amt die Bestellung eines Abwesenheitspflegers; derselbe wurde hierauf selbst in dieser Eigenschaft am 18. August 1854 verpflichtet. Auf Antrag der Gläubiger Krauß, Werle und Gundt erließ dann das großh. Oberamt Heidelberg am 28. November ein neues Ganterkenntniß.

In der Liquidationstagfahrt meldete Thomas Gätschenberger seine Forderung an, welche nach einem von ihm unter dem 1. Juli 1851 gegen Joseph Leicher erwirkten unbedingten Befehl 2477 fl. mit Zinsen und nach Abzug der in der frühern Gant erhaltenen Zahlungen noch 2045 fl. 48 kr. betrug. Zugleich verlangte er auf den Grund der Decrete vom 15. Mai und 19. Juni 1854 Befriedigung außer der Gant aus der Erbschaft der Wittwe Döst und eventuell Befriedigung in IV. Ordnung mit Vorrang vom 1. Juli 1851 (dem Tag des unbedingten Befehls). Die Forderung wurde von dem Massepfleger Chevalier anerkannt; dagegen der Anspruch auf Befriedigung außer der Gant und das Vorrecht widersprochen. Den gleichen Widerspruch setzte der Vertreter der Gläubiger Krauß, Werle, Gundt, Marx, Gießer und Feiß diesen Anforderungen entgegen.

Bei der weiteren Verhandlung wurde dem Separationsanspruch noch entgegen gehalten:

1) Das Separationsrecht beschränke sich jedenfalls auf das Vermögen der Wittwe Döst resp. den Antheil des Joseph Leicher als Erbe derselben, und beziehe sich daher nicht auf dasjenige, was der Cridar als Erbe seines Großvaters Döst an den Nachlaß zu fordern habe;

2) der Nachlaß der Wittwe Döst habe schon in der früheren Gant zur Masse gehört, weil Wittwe Döst im März 1854 gestorben, der Vertheilungsbescheid aber erst am 19. April 1854 verkündigt worden sei;

3) Buchhändler Hofmeister habe den Joseph Leicher nur bis zur Ganteröffnung vertreten können, weil nachher Actuar Chevalier die Masse verwaltet und dem Buchhändler Hofmeister auf Anfordern seine Auslagen mit ca. 100 fl. ersetzt habe;

(Beweis durch die Gantacten, insbesondere Rechnung mit Quittung.)

4) Hofmeister habe seine Funktionen nach Eröffnung des früheren Gantverfahrens für erloschen angesehen, den Joseph Leicher in der Gant nicht vertreten und die Arrestdekrete nur mit der Erklärung angenommen, er sei nicht mehr Abwesenheitspfleger und bezahle deßhalb die Insinuationsgebühren nicht.

(Beweis durch die Gerichtsboten Eckert und Welchinger.)

5) Gätschenberger habe in fraudem creditorum gehandelt, weil er zur Zeit der Arrestanlage gewußt habe, daß die übrigen Gläubiger des Joseph Leicher die Erbschaft für ihren Verlust anzugreifen beabsichtigten.

Der Anwalt des Thomas Gätschenberger entgegnete darauf:

ad 1) Nach dem Wortlaut seiner Anträge und dem Decrete stehe dem Liquidanten ein Vorrecht auf alle Ansprüche des Cridars an den Nachlaß der Wittwe Döst zu;

ad 2) Wittwe Döst sei erst nach dem 19. April 1854 gestorben;

ad 3) Hofmeister sei gleichwohl Abwesenheitspfleger geblieben, wenn auch Chevalier zum Massepfleger bestellt wurde, und sich seine Auslagen ersetzen ließ;

ad 4) wird widersprochen und für unerheblich erklärt, weil sich Hofmeister seines Amts nicht entschlagen konnte;

ad 5) wird behauptet, daß die vorgetragenen Thatsachen, die richtig seien, keine Gefährde enthalten.

In einer späteren Eingabe suchte der Anwalt der Gläubiger die Einrede der Gefährde näher zu begründen und beantragte die Erhebung eines Todesscheins für Wittwe Döst.

Aus dem erhobenen Todeschein ergibt sich, daß letztere am 28. März 1854 starb, was beide Theile im Protokoll vom 25. Mai v. J. anerkannten.

Im Ganturtheil vom 14. August 1855 wurden die im früheren Ganturtheil genannten Gläubiger mit ihren Restforderungen in IV. Ordnung gesetzt, mit dem Beisatz, daß sie ihre Befriedigung zu „gleichen Theilen“ erhalten.

Mit dem Absonderungsbegehren wurde Gätschenberger abgewiesen, und sein Vorrang in IV. Ordnung nicht berücksichtigt, weil die Decrete vom 15. Mai und 19. Juni 1854 nicht einem legalen Vertreter des Joseph Leicher

zugestellt worden seien. Bezüglich des Vorrangs in IV. Ordnung wurde nur auf L.R.S. 2218a verwiesen.

Thomas Gätschenberger hat gegen das Ganturtheil rechtzeitig appellirt und sich darüber beschwert,

a) daß das Absonderungsbegehren verworfen wurde;

b) daß ihm nicht eventuell allgemeines richterliches Unterpfandsrecht in IV. Ordnung vom 1. Juli 1851 an und Vorrang bezüglich der anerfallenen Erbgüter zuerkannt wurde;

c) daß die Gläubiger nach dem Ganturtheil zu „gleichen" Theilen, nicht pro rata, befriedigt werden sollen;

d) daß er in die Kosten des Specialprozesses verurtheilt wurde.

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises erkannte hierauf unterm 9. Januar l. J., II. Civ.Sen., zu Recht:

„Das Ganturtheil des großh. Oberamtes Heidelberg vom 14. August v. J., soweit dasselbe besagt:

IV. Ordnung.

14) Kaufmann Thomas Gätschenberger dahier 2045 fl. 48 kr. nebst Zins zu 5 pCt. vom 30. März 1854, Rest aus Darleihen. Mit seinem Begehren auf Befriedigung außerhalb der Gant aus der dem Gantmann anerfallenen Erbschaft der Eva Döst Wittwe wird derselbe abgewiesen.

Sämmtliche in dieser Ordnung genannten Gläubiger erhalten zu gleichen Theilen ihre Befriedigung.

Der Liquidant Kaufmann Thomas Gätschenberger hat sämmtliche durch das Separatverfahren J. S. seiner gegen die Gantmasse entstandenen Kosten zu tragen.

Die übrigen Kosten, mit Ausnahme der Kosten der Liquidationstagfahrt und Urtheilspublication, welche jeder Gläubiger auf sich zu behalten hat, sind von der Gantmasse zu tragen,

sei, soweit dagegen appellirt wurde, unter Verfällung des Appellanten in die Kosten mit der Modification zu bestätigen, daß die Gläubiger IV. Ordnung statt zu „gleichen Theilen" nach Verhältniß ihrer Forderungen zu befriedigen sind"

aus folgenden Gründen:

Kaufmann Thomas Gätschenberger beschwert sich gegen das vom großh. Oberamt Heidelberg erlassene Ganturtheil zunächst darum, weil sein Antrag auf Befriedigung außer der Gant aus dem Vermögen, welches dem Gantmanne durch den Tod seiner Großmutter, der Wittwe Döst in Höchst zufiel, als unbegründet verworfen wurde, obwohl ihm diese Vermögenstheile nach vorheriger Beschlagnahme durch Decret des großh. Oberamts Heidelberg vom 19. Juni 1854 an Zahlungsstatt zugewiesen worden seien. Es ergibt sich jedoch aus den angerufenen Acten, daß Thomas Gätschenberger zwar die Anlegung eines Arrests bei der Theilungsbehörde und später die Zuweisung an Zahlungsstatt beantragte, und daß das großh. Oberamt Heidelberg diesen Anträgen durch die Decrete vom 15. Mai und 19. Juni 1854 entsprach; daß jedoch das herzogl. Nassauische Justizamt Höchst die Zustellung dieser Decrete an die Theilungsbehörde verweigerte, weil nach den dortigen Gesetzen die Vollstreckung auswärtiger Urtheile nur von den dortigen Gerichten auf unmittelbaren Antrag der Parteien geschehen könne, und die Zustellung der Decrete des großh. Oberamts Heidelberg für die Theilungsbehörde ohne alle rechtliche Wirksamkeit sei. Thomas Gätschenberger konnte hiernach sowohl nach Nassauischen als Badischen Gesetzen durch die erwirkten Vollstreckungsverfügungen kein ausschließliches Recht gegenüber der Theilungsbehörde, beziehungsweise auf den Erbtheil des Gantmanns erwerben, denn auch nach Badischen Gesetzen erwirbt der betreibende Gläubiger die Befugniß, die Forderung seines Schuldners für sich geltend zu machen, nur dadurch, daß die gerichtliche Zuweisung nicht nur seinem Schuldner, sondern auch dem Schuldner seines Schuldners zugestellt wird. §. 982 Z. 1 und 4 der Pr.O. L.R.S. 1690. 2010 g. Der Unterrichter hat daher die Ansprüche des Gantmanns an den Nachlaß der Wittwe Döst gemäß §. 1039. 1041. 1043 der Pr.O. mit Recht als einen Bestandtheil der Gantmasse angesehen, wenngleich die Zustellung der Vollstreckungsverfügungen an den für Joseph Leicher bestellten und nicht wieder entlassenen Abwesenheitspfleger gültig geschehen war. §. 10 und 15 des II. Einf.-Ed. §. 260. 264 der Pr.O.

Allein selbst dann, wenn die Eröffnung der Vollstreckungsverfügungen vom 15. Mai und 19. Juni 1854 an die Theilungsbehörde gehörig geschehen wäre, müßte das eingeleitete Verfahren für unwirksam angesehen werden, weil die Theilungsbehörde, abgesehen von dem nicht behaupteten Falle, daß eine Erbschaft bei ihr hinterlegt ist, nicht als die Schuldnerin des Erbberechtigten zu betrachten ist, und weil die von dem Unterrichter angewandte Form des Vollstreckungsverfahrens (§. 982 Pr.O.)

nach dem unzweifelhaften Wortlaut des §. 982—993 der Pr.O. nur bei Geldforderungen Platz greift und daher nach §. 935. 949 der Pr.O. auf Erbansprüche keine Anwendung findet. Thomas Gätschenberger konnte daher durch Zugriff auf die Erbansprüche des Joseph Leicher ein Recht auf Befriedigung vor andern Gläubigern nicht erwerben, sondern nur durch L.R.S. 788. 882. 1166 die Rechte seines Schuldners neben den andern Gläubigern ausüben.

Die eventuelle Beschwerde des Appellanten besteht darin, daß ihm nicht Unterpfandsrecht in IV. Ordnung vom 1. Juli 1851 und damit Vorrang auf den Erlös der dem Gantmann anerfallenen Liegenschaften vor den übrigen Gläubigern IV. und V. Ordnung zuerkannt wurde. Es ist nun zwar nach L.R.S. 2117. 2123. 2218a Ziff. 4 nicht zu bestreiten, daß Thomas Gätschenberger durch den vollzugsreifen unbedingten Befehl, welchen er am 1. Juli 1851 gegen Jos. Leicher erwirkte, richterliches Unterpfandsrecht und damit das Recht zur Befriedigung aus dem liegenschaftlichen Vermögen vor den gemeinen und den späteren uneingetragenen Unterpfandsgläubigern erwarb. Dieses Recht ist aber nicht als ein Vorzugsrecht im Sinne des L.R.S. 2095, sondern als ein wegen mangelnden Eintrags im Pfandbuch in beschränkter Weise wirksames Unterpfandsrecht zu betrachten, wie sich aus dem Wortlaut des L.R.S. 2218a Ziff. 4 und den Erläuterungen von Brauer hiezu (IV. Bd. S. 268 in Verbindung mit S. 180. 192) ergibt und kann sich deßhalb, wie das vollgültige Unterpfandsrecht, nicht auf die im Ausland gelegenen Liegenschaften beziehen, weil Unterpfandsrechte an Liegenschaften im Ausland nach L.R.S. 3 Abs. 2 nur auf den Grund der ausländischen Gesetze erworben werden können. (Vrgl. Zachariä §. 31 Ziff. 3 Bd. I. S. 71. 72. 5. Aufl.)

Da Thomas Gätschenberger nach dem Inhalt der Beschwerdeschrift nur Vorrang bezüglich der Liegenschaften begehrt, welche dem Gantmann von Wittwe Döst in Höchst anfielen und im Herzogthum Nassau gelegen sind, aber nicht behauptet, daß ihm nach Nassauischen Gesetzen ein Unterpfandsrecht an diesen Liegenschaften zustehe, so stellt sich auch die zweite Beschwerde als grundlos dar. Es wäre vielmehr, wenn das Ganturtheil den Sinn hätte, daß die eben erwähnten Liegenschaften zur Befriedigung der Gläubiger IV. Ordnung verwendet werden sollen, für die Gläubiger V. Ordnung Grund zur Beschwerde vorhanden gewesen.

Was endlich die weitere Beschwerde des Appellanten betrifft, daß die Gläubiger dem Ganturtheil zufolge „zu gleichen Theilen" statt „nach Verhältniß ihrer Forderungen" zu befriedigen seien, so ist dieselbe offenbar begründet, wie denn auch anzunehmen ist, daß der Gantrichter unter dem Ausdruck „gleiche" Theile nur „verhältnißmäßig gleiche" Antheile verstanden hat. Diese Beschwerde bezüglich der Vertheilung hätte aber nach §. 1111 der Pr.O. auch bei dem Unterrichter erledigt werden können.

Stf.

III.

Die Straffeststellung bei unbestimmten Strafgesetzen im Fall des Vorhandenseins eines Strafmilderungsgrundes.

(§. 14. 154. 335. V. des St.G.B.)

Die Geschworenen hatten den Angeschuldigten der Nothzucht an der hinsichtlich ihrer Geschlechtsehre unbescholtenen Ehefrau des R. für schuldig erklärt, die Frage, ob der Angeschuldigte durch seine Trunkenheit in einen Zustand versetzt war, in welchem ihm das Bewußtsein der Strafbarkeit seiner Handlung fehlte (§. 71 St.G.B.), verneint, dagegen die Frage, ob der Angeschuldigte durch seine Trunkenheit in einen Zustand versetzt war, in welchem jenes Bewußtsein nahezu fehlte (§. 153), bejaht, und so war der Schwurgerichtshof in der Lage, wegen des vorhandenen Strafmilderungsgrundes den §. 154 des St.G.B. zur Anwendung zu bringen.

Darüber waren die Votanten einig, daß auf eine unter das gedachte niedrigste Maas herabgehende Strafe (§. 335 V. vrgl. mit §. 14 des St.G.B.), also auf weniger als drei Jahre Zuchthaus zu erkennen sei; allein darin theilten sich die Ansichten, ob nun eine Zuchthausstrafe von weniger als drei Jahre, oder aber eine Arbeitshausstrafe auszusprechen ist. Obgleich die Majorität für die erste Ansicht war, hiernach zwei Jahre Zuchthaus erkannt und vom Angeschuldigten auf die Nichtigkeitsbeschwerde sofort verzichtet wurde, so möchte es doch bei der praktischen Wichtigkeit der aufgeworfenen Frage angemessen sein, dieselbe noch einer weitern Prüfung zu unterwerfen, dadurch daß sie hiermit der Oeffentlichkeit übergeben wird.

Die Minorität hielt an dem Satz fest, daß, weil der §. 14 des St.G.B. bestimmt, daß außer den Fällen, wo das Gesetz selbst eine geringere als dreijährige Zuchthaus-

strafe festsetzt; schlechterdings, also auch im Fall des §. 154 keine geringere als dreijährige Zuchthausstrafe erkannt werden könne. Sie argumentirte daher, daß eine Milderung innerhalb der nemlichen Strafart in genügendem Maaße nicht bewirkt werden kann und daher schon nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift auf Arbeitshaus zu greifen sei; zudem liege auch im gegebenen Fall selbst ein Grund, warum nicht Zuchthausstrafe, sondern Arbeitshausstrafe am Platze sei, weil bei der beschränkten oder geminderten Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten die schärfere Strafart „Zuchthaus" nicht als gerechtfertigt erscheine. Etwas anderes sei es, wenn z. B. Zuchthaus von 10—20 Jahren gedroht sei, wo dann im Fall der Milderung bis auf drei Jahre herabgegangen werden könne.

Die Majorität ging davon aus, daß der §. 14 im Allgemeinen und wo nicht ein geringeres Maaß verordnet ist, als das geringste drei Jahre annehme, also z. B. in allen Fällen, wo es nur heißt „Zuchthaus bis 4. 5. 6. 10 Jahre u. s. w. Der Satz im §. 14 „wo nicht das Gesetz etwas Anderes verordne" sei nicht blos von den Fällen zu verstehen, wo das Gesetz z. B. sagt: Zuchthaus von einem oder von zwei Jahren;" sondern auch vom Fall unter §. 154, wo es heißt, daß selbst auf ein unter das gedrohte niedrigste Maas, also unter drei Jahre (denn im §. 335 V. sind 3—8 Jahre angedroht), herabgehende Strafe erkannt werden könne. Die Milderung könne daher innerhalb der nehmlichen Strafart (Zuchthaus) in genügendem Maße, nehmlich von 3 Jahren bis auf 3 Monate herab bewirkt werden. Zugleich wurde darauf hingewiesen, daß Arbeitsstrafe beim vorliegenden Verbrechen ohnehin nur deßhalb nicht angemessen erscheine, weil sonst der objective Gesichtspunkt gänzlich unberücksichtigt bleiben würde, nemlich daß die genöthigte Ehefrau hinsichtlich ihrer Geschlechtsehre unbescholtenen Rufes ist, und daß das Gesetz ausdrücklich für den Fall die geringere Strafart „Arbeitshaus" vorgeschrieben habe, wenn es der Genöthigten an dem Unbescholtensein fehlt.

Für die Ansicht der Majorität möchte auch der vom Abgeordneten Trefurt erstattete Kommissionsbericht (Verhandlungen der 2. Kammer vom Jahre 1843/44 11. Beilagenheft), sprechen, wo es zu §. 14 und 154 des St.G.B. unter Anderm heißt:

„Die erste Kammer war zwar hier mit dem leitenden Grundsatz einverstanden, glaubte aber, dessen Realisirung in anderer Weise, nemlich dadurch bewirken zu müssen, daß zwar die gesetzliche längste und kürzeste Dauer der Zucht- und Arbeitshausstrafe nach dem Entwurf als Regel beibehalten, dem Richter jedoch für die dazu geeigneten Fälle in besondern Bestimmungen gestattet wird, bei schändlichen Vebrechen von geringerer objectiver Größe auf eine Zuchthausstrafe von kürzerer als der dreijährigen Dauer zu erkennen u. s. w. Ihre Commission ist mit diesen Motiven und den daraus hervorgegangenen Aenderungen des Entwurfs einverstanden."

Ferner zum §. 286 (jetzt 335 No. V):

„man glaubte vielmehr der bisher in den Gerichten und in der Meinung des Volks bestandenen Absicht, daß nur an einer unverleumdeten Person Nothzucht begangen werden könne, in dem Maße Rücksicht schenken zu müssen, daß man auch für solche schwerere Fälle noch das Dasein oder Nichtdasein der weiblichen Ehrbarkeit nicht blos als blosen Strafausmessungsgrund innerhalb des gesetzlichen Spielraums gelten ließ, sondern ausdrücklich als Unterscheidungsmerkmal für die Anwendung ganz verschiedener Strafbestimmungen festhielt.

Ihre jetzige Commission theilt diese Ansicht u.s.w."

Beim vorliegenden Fall kam noch die weitere Frage zur Sprache, ob, wenn man auf die nächstfolgende geringere Strafart, nämlich auf Arbeitshausstrafe zurückgehen würde, auf mehr als $2\frac{1}{2}$ Jahr hätte erkannt werden dürfen. Der §. 165 des St.G.B. stellt nemlich 6 Monate Zuchthaus einer Arbeitshausstrafe von 9 Monaten gleich, also würden 2 Jahre Zuchthaus einer $2\frac{2}{3}$ jährigen Arbeitshausstrafe gleich kommen.

Abgesehen davon, daß das Strafgesetzbuch die Zucht- und Arbeitshausstrafe nirgends als im §. 165 in ein Vergleichungsverhältniß stellt, und dieser §. nur von 2 ganz bestimmten Fällen spricht, unter welche der obige Fall nicht subsumirt werden kann, und es schon deßhalb bedenklich erscheint, im Allgemeinen eine Zuchthausstrafe von 6 Monaten einer Arbeitshausstrafe von 9 Monaten gleichzustellen, möchte sich eine Beschränkung für den Richter beim Herabgehen auf die nächste geringere Strafart, in der im §. 165 bezeichneten Weise aus dem Inhalt des §. 154 nicht wohl herleiten lassen. Schon durch das Herabsteigen auf die nächst geringere Strafart ist dem Strafmilderungsgrund gebührende Rücksicht getragen, und es ist daher nicht abzusehen, warum dem Richter verwehrt sein soll, z. B. statt 2 Jahre Zuchthaus, eine Strafe von drei Jahren Arbeitshaus zu erkennen.

Diese Frage gelangte jedoch nicht zur Abstimmung.

Dietz.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 3.

I.

L.R.S. 2198 *).

Kann der Auszug, welchen das Gewährgericht in Folge der Instruction von 1824 nach dem Eintrag eines Kaufs zum Grundbuch an das Amtsrevisorat einzusenden hat, die Stelle des im L.R.S. 2198 erwähnten Zeugnisses vertreten, mit der Wirkung, daß die Liegenschaft von den in jenem Extracte ausgelassenen Vorzugslasten in den Händen des neuen Erwerbers befreit wird?

Engesser gegen Willmann.

Unterm 15. Juli 1846 verkaufte Joseph Engesser mehrere Liegenschaften an Jakob Engesser und dieser solche unterm 13. August 1850 an Ignaz Willmann zu Pfohren. Beide Verkäufe wurden seiner Zeit zum Grundbuch eingetragen.

Im August 1854 klagte Joseph Engesser, gestützt auf die L.R.S. 2103. 1. 2108. 2166. 2168, einen Kaufschillingsrest von 750 fl. nebst Zinsen vom 6. Febr. 1852 gegen Willmann ein, welcher dagegen vorschützte: das Pfandgericht zu Pfohren habe die von ihm erkauften Liegenschaften als unbeschränktes Eigenthum des Verkäufers gewährt und ihn angewiesen, den Kaufschilling theils an Jakob Engesser selbst, theils an dessen Cessionar Diefenbach zu bezahlen, was denn auch geschehen sei.

Das Pfandgericht, welchem der Beklagte zur Sicherung seines etwa nöthigen Rückgriffs den Streit verkündigt hatte, bestätigte den Einredevortrag.

Darauf wurde in der Replik bemerkt:

Wenn auch das Pfandgericht bei Fertigung des Kaufvertrags vom 13. August 1850 unterlassen haben sollte, zu beurkunden, daß auf den erkauften Objekten noch der Kaufschillingsrest des Joseph Engesser hafte, so erschöpfe doch diese Unterlassung die Bedingungen und Voraussetzungen des L.R.S. 2198 nicht. Nur derjenige, welcher das Verfahren des L.R.S. 2183 einleite und vollziehe und sich zu diesem Zwecke ein Zeugniß der Pfandschreiberei ausstellen lasse, in welchem eine Pfandlast nicht erwähnt sei, werde von dieser Last befreit. Der L.R.S. 2198 stehe in Verbindung mit dem 8. Capitel, insbesondere mit L.R.S. 2183 folgd. und bilde die Schlußfolge.

Pailliet ad art. 2198.

Weiß, dingl. Rechte §. 85.

Der Beklagte behaupte nicht einmal, daß er jemals die Absicht gehabt habe, das Entlastungsverfahren des L.R.S. 2183 einzuschlagen. Er behaupte nicht, daß er sich zu diesem Zwecke ein Zeugniß der Pfandschreiberei über die auf dem erkauften Gute haftenden Pfandlasten habe geben lassen, nachdem der Kaufvertrag eingetragen war. Er behaupte nicht, daß er an die Pfandgläubiger die Eröffnung des S. 2184 gemacht und sie in die Lage versetzt habe, einen Verkauf des Gutes nach S. 2185 zu verlangen, und er behaupte nicht, daß er den Kaufpreis zur Zahlung der Pfandlasten verwendet habe, welche in dem von ihm erbetenen Zeugniß verzeichnet gewesen. Hätte er ein solches Zeugniß ausdrücklich zu dem Zwecke des Entlastungsverfahrens verlangt, so würde das Pfandgericht nicht unterlassen haben, ihm zu bemerken, daß Joseph Engesser noch Kaufschillingsrest zu fordern habe.

Jahrbücher, n. F. XIII. 434.

Der Unterrichter schloß sich dieser Ausführung an und verurtheilte den Beklagten nach dem Klagantrag:

*) Vergl. hierüber Jahrbücher n. F. XIII. 434. Annalen XX. 55. 84. 128. XXI. 59. XXII. 107. 137. 164. 166. 197. 209.

die geforderte Summe zu zahlen oder von den gekauften Liegenschaften abzutreten —
wogegen in den obern Instanzen die Klage abgewiesen wurde.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Der nach L.R.S. 2166 und 2168 an sich begründeten Pfandklage, mittelst welcher von dem Beklagten als Inhaber der in der Klage bezeichneten Liegenschaften die Zahlung eines auf denselben haftenden Kaufschillingsrestes von 90 fl. nebst Zinsen oder die Abtretung von den Pfandobjekten verlangt wird, hat der Beklagte unter Berufung auf L.R.S. 2198 die Einrede der Erlöschung des vom Kläger geltend gemachten Vorzugsrechts entgegen gesetzt. Diese Einrede ist auch begründet und bewiesen.

Es ergibt sich nemlich aus dem vorgelegten Contractenbuche der Gemeinde Pfohren Theil IV. No. 530 S. 69 und aus dem Auszug aus demselben, daß der Gemeinderath zu Pfohren die von Jakob Engesser unterm 3. September 1850 an den Beklagten verkauften Liegenschaften, von welchen der eingeklagte Kaufschillingsrest herrührt, als von Vorzugs- und Pfandlasten frei gewährt hat; und es fragt sich daher, ob dieses Zeugniß des Gewährgerichts als das in L.R.S. 2198 erwähnte Pfandschreibereizeugniß gelten könne? Dieß muß bejahend entschieden werden. Obwohl nemlich das Grundbuch nur zur Bewahrung der sachlichen Rechte an Liegenschaften bestimmt ist, so macht doch das Gesetz bei jenen Vorzugsrechten, welche, wie der Kaufschilling, von einem Eigenthums-Übergange herrühren, eine Ausnahme, indem nach L.R.S. 2108 das Vorzugsrecht des Verkäufers durch die blose Einschreibung seiner Erwerburkunde in das Grundbuch bewahrt wird, soweit daraus erhellt, daß der Kaufschilling ganz oder zum Theil rückständig sei, ohne Unterschied, ob der Verkäufer oder der Käufer die Eintragung bewirkt habe.

Einer besondern Eintragung im Pfandbuche bedarf es zur Bewahrung dieses Vorzugsrechts nicht. L.R.S. 2108a weil (nach §. 2. des II. Constitutionsedikts und L.R.S. 2181 a, verbunden mit 2127 a) bei der Gewährung eines jeden Liegenschaftskaufs das Gewährgericht die Verbindlichkeiten, welche von dem früheren Erwerbe des Verkäufers noch auf der verkauften Liegenschaft haften, namentlich auch die eingeschriebenen Kaufschillingsreste von Amtswegen aus dem Grundbuche erheben und bei dem neuen Eintrage bemerken muß.

Schon durch diesen Eintrag erhält also der Käufer Kenntniß von der rückständigen Kaufschillingsschuld des Verkäufers, indem darin die auf der verkauften Liegenschaft haftenden Vorzugslasten ausdrücklich anzugeben sind; nach der Instruktion über die Einführung der Grundbücher vom Jahr 1824, worauf die Gewährgerichte durch das II. Einf.-Ed. §. 25 ausdrücklich hingewiesen sind, wird aber überdies dem Käufer ein auf den Grund eines Auszugs aus dem Kauf- und Tauschbuche in öffentlicher Form gefertigter Kaufbrief zugestellt, wodurch ihm das in dem Grundbucheintrage und in dem Auszuge davon enthaltene Zeugniß des Gewährgerichts über die auf dem Gute haftenden Vorzugslasten auf amtlichem Wege zur Kenntniß gebracht wird, so daß derselbe auf den Grund dieses amtlichen Zeugnisses das in L.R.S. 2181 ff. beschriebene Entledigungsverfahren nöthigenfalls einzuleiten befugt ist.

Daraus ergibt sich nun auch, daß die buchstäbliche Anwendung der Vorschrift des L.R.S. 2198 durch die bei uns vorhandene Einrichtung eines besonderen Grundbuchs und das damit zusammenhängende Verfahren wie es oben dargestellt, überflüssig, jedenfalls unwesentlich geworden ist, da zufolge dieser veränderten Einrichtung für den Käufer (den Beklagten) jede Veranlassung zur besonderen Nachsuchung eines weiteren Zeugnisses über die auf der gekauften Liegenschaft haftenden Vorzugslasten weggefallen ist, und daß ihm das in dem Grundbuchseintrage und in dem Auszuge davon enthaltene und ihm im Kaufbriefe mitgetheilte amtliche Zeugniß statt des im L.R.S. 2198 erwähnten Pfandschreibereizeugnisses gelten und für ihn daher auch die Wirkung haben muß, daß die von ihm gekauften Liegenschaften von dem darin übergangenen Vorzugsrecht des eingeklagten Kaufschillingsrests entledigt wurden (unbeschadet der Verantwortlichkeit der Mitglieder des Gewährgerichts für den Schadensersatz), weil ihm durch dieses Zeugniß unmöglich gemacht wurde, das Entledigungsverfahren gegen den darin übergangenen Vorzugsgläubiger einzuleiten, und auf diesem Wege seine Güter von dem darauf haftenden Kaufschillingsreste zu befreien.

Aus d. Gr. rc. rc.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die vorliegende Klage ist an und für sich rechtlich begründet (L.R.S. 2166 ff.), und durch die Zugeständnisse des Beklagten in rechtliche Gewißheit gesetzt.

Die erhobenen Einreden sind folgende:

1) ꝛc.

2) ꝛc.

3) Die Einrede aus dem L.R.S. 2198.

Diese Einrede ist thatsächlich dahin erwiesen, daß das Ortsgericht in Pforzheim bei dem Kaufe des Beklagten (3. September 1850), die erkauften Liegenschaften als frei von Vorzugs- und Pfandlasten gewährt hat, worauf der Beklagte die ersten vier Termine des Kaufschillings (es sind deren sechs pro Martini 1850—1855 bedungen) an den Verkäufer, beziehungsweise einen Gläubiger des Letzteren — Domainen-Rath Diefenbach — bezahlt haben will.

Unter dieser Voraussetzung ist aber auch die Einrede rechtlich begründet.

Das Gesetz (L.R.S. 2198) befreit das liegende Gut, von welchem eine oder mehrere eingetragene Lasten in den Pfandschreibereizeugnissen ausgelassen sind, von diesen Lasten zu Gunsten des Besitzers, beziehungsweise Erwerbers, falls dieser das Zeugniß nach der Eintragung seiner Rechts-Urkunde zum Grundbuche nachgesucht hat.

Der Beklagte hat nun zwar nach der Eintragung (Transscription) seiner Erwerbsurkunde ein Zeugniß der Pfandschreiberei über die Belastung der Liegenschaft nicht nachgesucht; allein das fragliche Zeugniß wurde ihm von dem Ortsgerichte, welches die Funktionen des Gewährgerichtes in sich vereinigt, von Amtswegen dahin ertheilt, „daß auf der erkauften Liegenschaft keine Vorzugs- oder Pfandlasten haften" — wie dieses nach Maßgabe der Instruktion für die Gewährgerichte von 1824 bei Fertigung der Kaufbriefe zu geschehen hat.

Diese Instruktion hat zwar keine gesetzliche, dem L.R. derogirende Kraft; allein sie begründet eine Thatsache, welche auf die Anwendung der landrechtlichen Gesetzgebung von Einfluß sein kann.

Dieser Einfluß ergibt sich insofern, als das „Nachsuchen" des Pfandschreibereizeugnisses nur unter der Voraussetzung vorgeschrieben ist, daß — wie dieses in Frankreich der Fall ist — das Letztere nicht schon von Amtswegen dem Erwerber von der Behörde mitgetheilt wird.

Geschieht das Letztere nach Maßgabe der Instruction von 1824, so wäre es eine leere — der Absicht des Gesetzes widerstreitende — Förmlichkeit, noch ein weiteres Nachsuchen des bereits ertheilten Zeugnisses dem betheiligten Erwerber der Liegenschaft aufzuerlegen. Vergl. L.R.S. 6 k.

Die Absicht des Gesetzes ist nemlich dahin gerichtet und wird vollkommen dadurch erreicht, daß das fragliche Zeugniß der Pfandschreiberei nach der Transscription der Liegenschaft zum Grundbuche erfolge, weil damit der Eintrag weiterer Lasten zum Pfandbuch für Rechnung der früheren Besitzer gehemmt wird (L.R.S. 1583 a), das fragliche Zeugniß daher nunmehr vollständig und bezüglich auf alle früheren Pfandgläubiger ertheilt werden kann.

Der L.R.S. 2198 steht mit dem Entlastungsverfahren des L.R.S. 2181 ff. in Verbindung; allein wenn der Erwerber — wie im vorliegenden Falle — durch das Zeugniß der competenten Pfandschreibereibehörde erfährt, daß auf der Liegenschaft überall keine Pfandlasten haften, so kann von dem Entlastungsverfahren die Rede nicht sein, der Erwerber ist vielmehr berechtigt, den Kauf-Schilling an den Verkäufer oder für dessen Rechnung zu zahlen, und befreit durch solche Zahlung sofort die Liegenschaft.

Diese Absicht der Befreiung ist nach Wort und Sinn des Gesetzes überall nicht an eine ausdrückliche Erklärung des Erwerbers der Liegenschaft, sondern nur an die wesentliche Vorschrift geknüpft; daß die Zahlung auf den Grund des nach der Transscription erhaltenen Pfandschreibereizeugnisses erfolge.

Unter dieser Voraussetzung begünstigt das Gesetz den Erwerber gegenüber den in dem Zeugnisse übergangenen Gläubigern.

Troplong, des priviléges No. 1004 et sequ.

Im Uebrigen will L.R.S. 2181 a keineswegs, daß die Erwerbsurkunden zum Zwecke der Entledigung der Liegenschaft zum Pfandbuche eingetragen werden sollen, sondern lediglich, daß der Pfandschreiber von der Eintragung zum Grundbuche Kenntniß erhalte — eine Vorschrift, welche durch die in §. 26 des 2. Einf.-Ed. beliebte Vereinigung des Gewähr- und Pfandgerichtes völlig unpraktisch geworden ist.

Aus diesen Gründen ꝛc. ꝛc.

Anhang.

Nach derselben Ansicht wurde gleichzeitig in der Sache

Güntert gegen Dietrich

vom grßh. Oberhofgerichte mit sechs Stimmen gegen eine entschieden.

D. R.

II.

Unrechte That.

Die Ahnen eines Getödteten können nur dann Entschädigung ansprechen, wenn sich dieselben in demjenigen Zustande der Dürftigkeit befinden, in welchem der L.R.S. 205 den Kindern die Unterhaltspflicht auferlegt.

Rittershofer gegen Köpf.

Durch ein schwurgerichtliches Erkenntniß vom 24. März 1854 ist Ludwig Köpf der Tödtung des jung Johann Philipp Rittershofer aus Durlach für schuldig erklärt und deßhalb zu einer Zuchthausstrafe von 10 Jahren ꝛc. verurtheilt worden.

Auf den Grund dieses rechtskräftigen Urtheils und des Gesetzes vom 6. März 1845 über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen fordert der Vater des Getödteten den Ersatz verschiedener Auslagen für Verpflegung, ärztliche und wundärztliche Behandlung, für Arznei, Beerdigung u. s. w., sowie eine jährliche Entschädigung von 80 fl. dafür, daß an der Stelle des getödteten Sohnes zum Betrieb der Landwirthschaft ein Knecht gehalten werden müsse, welcher so hoch zu stehen komme.

Zur Begründung dieses Anspruchs wurde vorgetragen, daß der körperlich leidende Kläger 55 und dessen Ehefrau 48 Jahre alt, daß Ersterer Landwirth und Fuhrmann sei, welcher ein eigenes Haus, 20 Morgen theils Acker theils Wiesen nebst 2 Gärten und einem Morgen Weinberg besitze.

Von den 4 noch lebenden Kindern des Klägers sei der Sohn Friedrich, 22 Jahre alt, nach Amerika ausgewandert, die Tochter Magdalena, 21 Jahre alt, gebrechlich und zur Arbeit untauglich, der Sohn Adam dermalen 11 und die Tochter Louise erst 6 Jahre alt.

Daraus soll sich ergeben, daß der Kläger zur Betreibung seines Geschäftes einen tüchtigen Gehülfen nöthig habe.

Die Entschädigung ist begehrt vom 18. Oktober 1853 als dem Tage der tödtlichen Verletzung des verstorbenen Sohnes, bis zur Zeit der Großjährigkeit des Sohnes Adam, wenn dieser für die Oekonomie tauglich und befähigt werde, andernfalls bis zum Tode des Letztlebenden der alt J. Ph. Rittershofer'schen Eheleute.

Der Beklagte, welcher einige der behaupteten Auslagen zugab und andere bestritt, erklärte die Entschädigungsforderung von jährlichen 80 fl. für völlig grundlos, weil zu einer Entschädigung überhaupt die Eltern des Getödteten nur im Falle eines Bedürfnisses berechtigt sein würden. Ein solches Bedürfniß sei aber bei den vom Kläger selbst angegebenen Vermögensumständen keineswegs vorhanden, da derselbe als ein ganz wohlhabender Mann für seinen und seiner Familie Unterhalt aus eigenen Mitteln sorgen könne.

Der Unterrichter theilte diese Ansicht und wies den Kläger unter Bezug auf §. 4 des Gesetzes vom 6. März 1845 mit dem Entschädigungsanspruch von jährlichen 80 fl. ab, wogegen der Beklagte zum Ersatz eines Theils der obenerwähnten Auslagen verurtheilt wurde, von welchen nicht weiter die Rede sein wird.

In Folge der vom Kläger eingewandten Appellation ließ das großh. Hofgericht ein gemeinderäthliches Zeugniß über Vermögen und Schulden sowohl des Klägers als des Beklagten, sodann ein Gutachten von Sachverständigen darüber erheben, welchen Werth die Dienstleistungen des Getödteten für den Kläger in Beziehung auf seinen Landwirthschaft- und Fuhrwerkbetrieb gehabt haben und in wie weit für ihn nach seinen Verhältnissen eine Vergütung für den Verlust jener Leistungen als ein Bedürfniß erscheine?

Nach dem Ergebniß dieser Erhebungen hat der Beklagte zur Zeit noch kein Vermögen, wohl aber dereinst 1600 fl. zu hoffen, worauf für Untersuchungs- und Straferstehungskosten im Ganzen 1750 fl. zum Pfandbuch eingetragen sind.

Das fahrende und liegende Vermögen des Klägers beträgt zusammen 8530 fl. das Passivum hingegen 600 fl.

Seiner Angabe nach schuldet er noch weitere 1400 fl., welche jedoch nicht näher constatirt wurden.

Die Sachverständigen schätzten die jährlichen Dienstleistungen des erschlagenen Sohnes auf 60 fl. und erklärten zugleich, daß der Kläger zur Betreibung seines Geschäfts zwar einen Knecht nöthig habe, daß er aber dann sich und seine Familie ernähren könne, auch wenn er den Knecht aus eigenen Mitteln bezahle, da er zu den wohlhabendern Bauern in Durlach gehöre, welche sammt und sonders Knechte halten und solche aus ihrem Sack bezahlen müßten.

Daraufhin verurtheilte das großh. Hofgericht den Beklagten zur Zahlung von jährlichen 60 fl. vom 8. Oktober 1853 an bis zur Auflösung des landwirthschaftlichen Betriebs des Klägers in seinem gegenwärtigen Bestand,

jedoch nicht über Lebzeiten des Klägers und seiner Ehefrau und nicht über das 18. Jahr des Sohnes Adam, falls sich dieser zur Landwirthschaft befähigt erweisen sollte. *)

Hiebei ging der Gerichtshof von der Ansicht aus, es sei zur Begründung der Klage auf Entschädigung für den Verlust der Unterstützung, welche der getödtete Sohn dem Kläger gewährt hatte, nach dem Gesetze vom 6. März 1845 keineswegs nothwendig, daß er nunmehr im Sinne des L.R.S. 205 unterhaltsbedürftig, sondern nur, daß nach seinen Verhältnissen der Verlust für ihn empfindlich, d. h. bedeutend genug sei, um ihn zu Einschränkungen in seiner bisherigen Lebensweise veranlassen zu können rc.

Allein auf die vom Beklagten ergriffene Oberappellation wurde der Kläger durch abänderndes Urtheil des höchsten Gerichtshofs mit seiner Entschädigungsforderung abgewiesen und somit der amtliche Bescheid wieder hergestellt.

Die hierauf bezüglichen Entscheidungsgründe lauten wörtlich, wie folgt:

„Dagegen erscheint die vierte Beschwerde, abgesehen davon, daß keine Umstände geltend gemacht sind, die annehmen lassen, daß der 25 jährige Sohn des Klägers die bisher gewährte Unterstützung seinem Vater auch fernerhin geleistet haben würde; abgesehen ferner davon, ob der Getödtete seine Dienste unentgeldlich verrichtete, oder — wie der Beklagte behauptet — den Fuhrlohn dafür bezog, schon darum gerechtfertigt, weil das Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen im §. 4 den Ahnen eines Getödteten mit ausdrücklichen Worten eine Entschädigung für die Unterstützung, welche der Getödtete ihnen geleistet hat, oder den Umständen nach in Zukunft geleistet haben würde, nur im Falle des Bedürfnisses zuerkennt, ein solches Bedürfniß aber bei Vergleichung der Bestimmung des §. 3 No. 1 des allegirten Gesetzes, so wie nach der bei dessen Erlassung ausgesprochenen Absicht nicht schon in jeder Schmälerung des Einkommens, wenn sie den davon Betroffenen auch zu einer für ihn empfindlichen Einschränkung in seiner bisherigen Lebensweise veranlassen sollte, sondern nur dann als vorhanden anzusehen ist, wenn der die Entschädigung Ansprechende sich in demjenigen Zustand der Dürftigkeit befindet, in welchem der L.R.S. 205 den Kindern die Unterhaltspflicht auferlegt, ein Zustand, der hier offenbar nicht vorliegt.

Indem nemlich der § 3 sub. No. 1 die Entschädigung der Abkömmlinge eines Getödteten lediglich „nach ihren persönlichen Verhältnissen" zu bemessen und davon nur den Ertrag ihres eigenen Vermögens abzuziehen, befiehlt, also Vorsorge trifft, daß die Abkömmlinge sich keinen Einschränkungen unterziehen müssen; indem sodann der §. 4 statt dieses Maasstabs „das Bedürfniß" des Ahnen eines getödteten Abkömmlings setzt, zeigt sich schon aus diesem Gegensatze, daß hier nicht die gleiche Bestimmung wie dort getroffen, sondern unabhängig von den bisherigen Verhältnissen nur für das wirkliche Bedürfniß vorgesorgt werden sollte.

Eben dieses haben die Motive der Regierung zu dem Gesetzentwurfe unter Beziehung auf L.R.S. 205 unumwunden erklärt, die in beiden Ständekammern erstatteten Berichte stimmten denselben bei und bei den darüber gepflogenen Discussionen ist Nichts dagegen erinnert worden. S. 2. Kammer 1843—1844. 9. Beil.-Heft S. 121 ff., 11. Beil.-Heft S. 165 ff., 7. Prot.-Heft S. 1 ff., besonders S. 36 ff. — 1. Kammer, 1843—1844, 3. Beil.-Heft S. 331 ff., besonders S. 336 unten; 3. Prot.-Heft, S. 303 ff., insbesondere S. 309. —

Da nun die Sachverständigen auf Grund der persönlichen und Vermögensverhältnisse des Klägers die Vergütung für den von demselben aufzuwendenden Knechtlohn einstimmig nicht als ein Bedürfniß anerkannt, vielmehr erklärt haben, er gehöre zu den wohlhabendern Bauern seines Wohnorts und könne gleich diesen einen Knecht aus eigenen Mitteln wohl bezahlen, so ist es klar, daß von einem Bedürfnisse der oben bemerkten Art die Rede nicht sein kann, und daß der getödtete 25 jährige Sohn des Klägers keineswegs wegen einer Unterstützungsbedürftigkeit seines Vaters in dem gedachten Sinne, sondern seines eigenen oder des gemeinschaftlichen Vortheiles wegen im Geschäfte desselben gearbeitet hat.

Aus diesen Gründen rc. rc. D. R.

---

*) Damit ist, wenigstens in Ansehung des terminus ad quem, ein bedingtes Endurtheil gegeben, welches kaum zulässig sein möchte, weil die Fälle, wo bedingte Endurtheile statt finden, sehr beschränkt sind. Vergl. Pr.O. §. 339. 856. 858. Zweckmäßiger würde es gewesen sein, dem Kläger, sobald dessen Anspruch für begründet erachtet wurde, ein für allemal nach richterlichem Ermessen eine runde Summe als Entschädigung zuzusprechen, wie es in einem andern Falle durch ein oberhofgerichtliches Urtheil (Annalen XVI. 106) geschehen ist.

III.

1) Das Recht zur Anfechtung einer Vermögensabsonderung durch die Gläubiger des Ehemanns ist insofern beschränkt, daß die diesen unschädlichen, wenn auch gefährdevollen, Verfügungen des Absonderungsaktes nicht davon ergriffen werden, und daß die gesetzmäßigen Bestimmungen dieses Akts aufrecht erhalten bleiben, obwohl derselbe theilweise aufgehoben wird.

2) Das Geding, wonach eine geschenkte Fahrniß nicht in das Gemeinschaftsvermögen fallen soll (L.R.S. 1401 Ziff. 1), hat dann keine Wirkung, wenn es der Schenkung erst nachfolgt.

Entscheidungsgründe
zum hofgerichtl. Urtheil vom 22. Dezember 1854 No. 6814.

In Sachen Vogt gegen Walz.

Daß die am 28. Juli 1852 unter den Walz'schen Eheleuten vollzogene Vermögensabsonderung zur Gefährde des Klägers, welcher an Anton Walz eine urtheilsmäßige Forderung von 437 fl. 4 kr. nebst mehrjährigen Zinsen hatte, und noch hat, gereicht und deßwegen zufolge L.R.S. 1447. 1167 zu Gunsten des Klägers für ungültig erklärt werden muß, geht aus jenem Absonderungsoperate und den bisherigen gerichtlichen Verhandlungen in so hohem Grade hervor, daß darüber auch nicht der geringste Zweifel bestehen kann.

Abgesehen nämlich davon, daß die Walz'sche Ehefrau schon als solche die Existenz der klägerischen Forderung wohl so gut gekannt hat, als ihr Ehemann, ist jedenfalls des Klägers Forderung im Absonderungsoperate nicht aufgenommen worden, während auf der andern Seite die Walz'sche Ehefrau, obgleich sie sich der Gemeinschaft entschlagen hat, zwei Forderungen in den bedeutenden Beträgen von 769 fl. 39 kr. und 4762 fl. geltend machte, welche sie den Gläubigern gegenüber keineswegs geltend zu machen befugt ist und nach deren Wegfallen der Kläger mit weit mehr befriedigt werden könnte, als er nur zu fordern hat. Die erstere jener angeblichen eheweiblichen Forderungen beruht nämlich darauf, daß sich die Walz'sche Ehefrau, nachdem sie am 18. Juni 1852 Urtheil auf Vermögensabsonderung erwirkt hatte, sechs Tage später die Fahrnisse, welche sie schon 1848 angeblich von ihren Eltern bekommen hatte, nachmals von diesen und mit der Bestimmung schenken ließ, daß davon nichts in die Gemeinschaft falle. Nach L.R.S. 1401 No. 1 waren aber diese der Walz'schen Ehefrau im Absonderungsoperate zugeschiedenen Fahrnisse bereits 1848 in die Gemeinschaft gefallen; und hat daher die sich entschlagende Ehefrau ihre Rechte darauf verloren, vorbehaltlich der Rücknahme ihres Beibringens nach L.R.S. 1470 (L.R.S. 1492. 1493.) Ganz dieselbe Bewandniß hat es mit dem in der Vermögensübergabe der Anton Busam'schen Eheleute erwähnten s. g. Vorempfange von 4762 fl., welcher nicht damals erst geschenkt, sondern ihrer Tochter schon früher während deren Ehe mit A. Walz übergeben worden ist, und wobei es darauf nicht ankommt, daß jene Summe aus Forderungen von Liegenschaften bestand, welche die Busam'schen Eheleute an Dritte verkauft gehabt hatten.

Aus diesen Gründen und hinsichtlich der Kosten zufolge §. 168 Pr.O. ist, wie geschehen, erkannt worden.

Das hiernach ergangene Urtheil erklärte die ganze Vermögensabsonderung dem Kläger gegenüber für ungültig, was von dem großh. Oberhofgerichte unter Verfällung der beklagten Oberappellanten in die Kosten aller drei Instanzen in der Beschränkung bestätigt wurde, daß der am 28. Juli 1852 errichtete Vollzugsakt der Vermögensabsonderung zwischen den beklagten Eheleuten — dem Kläger gegenüber — insoweit ungültig sei, als darin der beklagten Ehefrau Fahrnisse im Anschlag von 739 fl. 39 kr. eigenthümlich zugewiesen wurden.

Entscheidungsgünde
zum oberhofgerichtlichen Urtheile vom 27. September 1855, No. 4391.

Der Kläger ficht, als Gläubiger des Beklagten Anton Walz den Vollzugsakt der Vermögensabsonderung zwischen den beklagten Eheleuten an, weil dieser Akt vom 28. Juli 1852 insoferne zu seinem Nachtheile gereiche, als dadurch Vermögensgegenstände, welche zur ehelichen Gemeinschaft gehörten, und daher zu seiner Befriedigung dienen würden, auf rechtswidrige Weise der abgesonderten Ehefrau als Sondereigenthum zugewiesen worden seien.

Diese Klage ist nach L.R.S. 1167. 1447 begründet. Allein nicht alle, von dem Kläger bezeichneten Vermögensgegenstände wurden mit Unrecht der Ehefrau zugewiesen.

1) Nach Seite 9 jenes Aktes empfing die beklagte Ehefrau Fahrnisse im Anschlag von 739 fl. 39 kr., während sie doch in gesetzlicher Gütergemeinschaft lebte, und sich der Theilnahme daran nach der erkannten Vermögensabsonderung entschlug.

Sie behauptet nun, jene Fahrnisse seien nicht in die Gemeinschaft gefallen, sondern ihr ausschließliches Eigenthum geblieben, da sie dieselben von ihren Eltern, den Anton Busam'schen Eheleuten, erhalten, und diese in dem Notariatsakte vom 24 Juni 1852 erklärt hätten, daß die bezeichneten Fahrnisse, welche ihre Tochter schon im Jahre 1848 von ihnen erhalten hätte, ihr nun geschenkt verbleiben, aber nicht in die eheliche Gütergemeinschaft fallen sollten.

Allein, wenn auch — nach L.R.S. 1401 — Fahrnisse, welche einem Ehegatten unter der Bedingung geschenkt werden, daß sie nicht in die Gütergemeinschaft fallen sollen, davon ausgeschlossen bleiben, so ist dies doch bei den in Frage stehenden Fahrnissen nicht der Fall, denn sie waren, wie die angerufene Urkunde selbst sagt, bereits vier Jahre vorher ohne eine solche Bedingung der beklagten Ehefrau überlassen, mithin in die Gütergemeinschaft gefallen, und konnten ihr durch eine solche nachträgliche Erklärung nicht mehr entzogen werden.

Die Zuweisung an die Ehefrau geschah daher zum Abbruch der Rechte des Gläubigers des Ehemanns.

2) Was dagegen die, vom Kläger ebenfalls angefochtene, fernere Zuweisung von Forderungen im Betrage von 2208 fl. 45 kr. betrifft, so liefert die Vermögensübergabsurkunde vom 6. Mai 1852 — von welcher eine beglaubigte Abschrift dem Vollzugsakte vom 28. Juli 1852 beiliegt — den Beweis, daß sie von den Anton Busam'schen Eheleuten ihrer Tochter, der beklagten Ehefrau, unter der ausdrücklichen Bedingung geschenkt wurden, daß sie nicht in die eheliche Gütergemeinschaft fallen sollen. Sie wurden also — nach der angeführten Gesetzesstelle — Sondereigenthum der Ehefrau und bei der Vermögensabsonderung mit Recht zurückgegeben.

In diesem Punkt ist daher der Vollzugsakt ohne hinreichenden Grund vom Kläger angefochten worden.

3) Nach Seite 13 des Vollzugsakts hätte die beklagte Ehefrau eine Ersatzforderung von 4762 fl. für beigebrachtes Geld, von Liegenschaftserlösen herrührend, welche sie von ihren Eltern schon vor deren Vermögensübergabe empfangen hatte.

Solches Geld war aber in die eheliche Gütergemeinschaft gefallen und konnte ihr — sowenig wie die Fahrnisse unter 1 durch die nachträgliche Erklärung der Schenkgeber bei der spätern Vermögensübergabe wieder entzogen werden. Die Ehefrau kann daher auch für die verzehrte Summe keinen Ersatz fordern.

Allein da bei dem Vollzuge der Vermögensabsonderung durchaus kein Vermögensgegenstand der Ehefrau als Deckung für diese angebliche Ersatzforderung zugeschieden, mithin auch nicht dem Kläger als Zugriffsobjekt entzogen wurde, so erscheint er in dieser Beziehung durch jenen Akt nicht benachtheiligt, sondern es bleibt ihm unbenommen, sofern die Ehefrau seiner Befriedigung aus den — dem Ehemann allein zugeschiedenen — ehemännlichen Liegenschaften dereinst entgegentreten und diese angebliche Ersatzforderung geltend machen sollte, dieselbe zu bestreiten. Die blose Verabredung der beklagten Eheleute unter sich über das angebliche Bestehen einer solchen Ersatzforderung ist den Rechten des Klägers unschädlich.

Hiernach mußte die vom großh. Hofgerichte ausgesprochene Ungültigkeit des Vollzugsaktes auf einen einzigen Punkt beschränkt, und der Kosten wegen nach §. 168 der Pr.O. erkannt werden.

T.

IV.

Befreiung öffentlicher Diener vom Amte eines Geschworenen. §. 64 des Gesetzes vom 5. Februar 1851.

Annalen XVIII. S. 385. 386.

In dem Gesetzesentwurf über Einführung der Schwurgerichte von 1848 war keine Bestimmung über die Personen enthalten, welche auf ihr Verlangen von der Verpflichtung, Geschworene zu sein, befreit werden können und nicht gegen ihren Willen Geschworene zu sein brauchen. Erst von der Commission der zweiten Kammer wurde eine Bestimmung hierüber getroffen und zwar in §. 14 a vorgeschrieben, daß Staatsbeamte, deren Unentbehrlichkeit im Dienste die vorgesetzte Dienstbehörde bezeugt, verlangen können, von der Verpflichtung Geschworene zu sein, befreit zu werden. In der Sitzung der zweiten

Kammer vom 13. Oktober 1848 machte der Abg. Mittermaier den Vorschlag, daß die Militärpersonen gleichgestellt werden den Staatsbeamten, daß also den Staatsbeamten und Militärpersonen gleicherweise die Möglichkeit gegeben werde, das Amt eines Geschworenen abzulehnen, da dieses das öffentliche Interesse verlange. Die Kammer war damit einverstanden. In der Sitzung der ersten Kammer vom 1. Dezember 1847 machte Ministerialpräsident Staatsrath von Stengel den Vorschlag, den Staatsbeamten und Militärpersonen, deren Unentbehrlichkeit im Dienst die vorgesetzte Dienstbehörde bezeugt, auch die Schullehrer unter derselben Voraussetzung gleichzustellen, weil es sehr nachtheilig wäre, wenn eine Schule deßhalb, da der Lehrer Geschworener sei, Wochenlang geschlossen werden müßte. Ein Mitglied der ersten Kammer bemerkte hiezu, man könnte vielleicht den Vorschlag auf alle öffentliche Diener ausdehnen. Staatsrath Klüber erwiederte aber, daß bei diesen in der Regel ein Ersatz vorhanden sei. Der Antrag des Staatsraths von Stengel wurde hierauf von der ersten Kammer genehmiget. Und es ist die zweite Kammer diesem Beschlusse beigetreten. Sowohl der §. 19 des Gesetzes vom 17. Februar 1849 (Reg.-Bl. No. 8) als der §. 64 des Gesetzes vom 5. Feb. 1851 bestimmt daher in Ziff. 4. daß Staatsbeamte, Militärpersonen und Schullehrer, deren Unentbehrlichkeit im Dienste die vorgesetzte Dienstbehörde bezeugt, auf ihr Verlangen von der Verpflichtung, Geschworene zu sein, befreit werden.

Darnach kann es kaum einem Zweifel unterliegen, daß unter den „Staatsbeamten" nur die mit Staatsdienereigenschaft angestellten, nicht aber auch andere vom Staate angestellte öffentliche Diener, sog. niedere Diener (§. 658 St.G.B.) zu verstehen sind, was sich namentlich daraus ergibt, daß auch die Schullehrer besonders in den Paragraphen aufgenommen worden sind, was nicht nothwendig gewesen wäre, wenn unter Staatsbeamten alle vom Staate ernannten öffentlichen Diener verstanden werden müßten. Allerdings sind solche niedere Diener, z. B. Zoll- und Steuereinnehmer, Postexpeditoren u. s. w. oft weniger entbehrlich im Dienste als höhere Staatsbeamte und können jene für kurze Zeit oft weniger ersetzt werden als diese. Allein dies könnte nur einen Grund abgeben, das Gesetz abzuändern, nicht aber, das bestehende Gesetz durch Auslegung auf alle vom Staate ernannten öffentlichen Diener auszudehnen. Auf jeden Fall kommt das Privilegium des §. 64 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 nicht auch den Gemeindedienern oder standes- und grundherrlichen Dienern zu statten.

Haager.

V.

Wer Trauben zum Mosten kauft, hat die Accise nur von dem Werth des daraus gewonnenen Weins und erst vor Einkellerung desselben zu zahlen.

Die Accisordnung vom 4. Januar 1812 enthält keine Bestimmung darüber, wann die Accise von zum Keltern gekauften Trauben zu entrichten ist. Nach Finanz-Ministerialerlaß vom 12. October 1812 *) soll für erkauften Tresterwein nach vorgenommener Reduction desselben in hellen die Accise entrichtet werden, allein die Pflicht zu dieser Accisentrichtung tritt nach den §§. 14. 15 und 17 Abs. 2 der Accisordnung erst bei der Einkellerung ein. Die Erläuterung des großh. Finanz-Ministeriums vom 26. März 1853, daß die Entrichtung der Accise schon bei der Erwerbung von Wein eintrete, findet, abgesehen von der Bedeutung einer solchen Steuerverordnung gegenüber dem Gesetze für den richterlichen Standpunkt, auf zum Mosten gekaufte Trauben keine Anwendung, welche, bevor die Pflicht der Versteuerung für den Käufer eintritt, jedenfalls zuvor durch Keltern in Wein verwandelt worden sein müssen. Dies erkennt ein Erlaß des großh. Finanz-Ministeriums vom 13. Dezember 1813 *) dadurch an, daß darin ausgesprochen wird, die Accise für (am Stock) gekaufte Trauben sei nur von dem daraus gewonnenen Wein zu entrichten. Hiernach ist die Accise auch nicht von dem für die Trauben gezahlten Preis, sondern von dem Werth des daraus gewonnenen Weins zu zahlen.

Eis.

*) Sammlung der Steuerverordnungen I. S. 420 No. 33.

*) Sammlung der Steuerverordnungen I. Bd. S. 432 No. 49.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. **Jahrgang XXIII.** **No. 4.**

I.

Verlagsvertrag.

1) Wem liegt bei der Klage auf Auflösung der Beweis ob?

2) Kann die Behauptung, der Kläger habe nicht erfüllt, in dritter Instanz nachgetragen werden?

3) Welche Folge hat die Annahme einer verspäteten Lieferung?

Unter dem 15. März 1846 schloß die Verlagshandlung von Groß in Carlsruhe einen Verlagsvertrag mit Bergrath Walchner daselbst über die Herausgabe der zweiten Auflage des Handbuchs der gesammten Mineralogie, welche in zwei Bänden erscheinen sollte; der erste Band sollte die Oryktognosie, der zweite die Geognosie behandeln. Zunächst sollte der zweite Band gedruckt werden, und zwar sollte Bergrath Walchner das Manuscript in der Weise liefern, daß das Werk Ostern 1847 ausgegeben werden könnte. Man hatte angenommen, dasselbe werde 30 Druckbogen stark; es zeigte sich aber, daß es weit umfassender werde, weßhalb den 23. Februar 1849 ein zweiter Vertrag geschlossen wurde, worin unter der Voraussetzung, daß das Werk etwa 60 Bogen betragen werde, bestimmt wurde, daß es spätestens um Ostern 1850 vollendet werden sollte. Außerdem wurde in §. 2 dieses Vertrags festgesetzt, daß Bergrath Walchner je 6 Druckbogen innerhalb je dreier Monate zu liefern habe; wofern er dieser Verbindlichkeit nicht nachkomme, so sei die Verlagshandlung von dem Vertrag entbunden, Walchner habe aber die sämmtlichen Herstellungskosten des Werkes gegen Uebernahme der vorräthigen Exemplare und außerdem eine Conventionalstrafe von 500 fl. an die Verlagshandlung zu zahlen. Um diese Zeit waren bereits 30 Bogen gedruckt; die Zustände des Jahrs 1849 hinderten die Fortsetzung des Drucks, dagegen wurden im Jahr 1850 abermals 30 Bogen, im Jahr 1851 etwa 20 Bogen gedruckt. Je zehn Bogen bildeten ein Heft, und vertragsmäßig sollte die Verlagshandlung dem Autor das Honorar jedesmal nach vollendetem Druck eines Hefts zahlen. Schon den 18. Mai 1851 weigerte sich die Verlagshandlung das Honorar für die bereits gedruckten Hefte 6 und 7 zu zahlen, weil Bergrath Walchner sein Versprechen, das Werk auf Ostern 1850 zu vollenden, nicht eingehalten habe. In dem betreffenden Schreiben wird der Autor aufgefordert, das Werk bald zu vollenden, dann erst habe er Veranlassung das Honorar zu begehren. Wiewohl diese Zumuthung keineswegs dem Vertrag entsprach, fuhr Bergrath Walchner dennoch fort, Manuscript zu liefern; die Verlagshandlung druckte fort bis den 13. Oktober 1851. An diesem Tage sandte sie das zuletzt erhaltene Manuscript mit dem Bemerken zurück, daß sie nicht weiter drucken werde; und ließ dann eine Klage auf Auflösung des Vertrags und Zahlung der Conventionalstrafe, sowie der Herstellungskosten des Werks gegen Rückgabe der vorhandenen Exemplare bei dem Stadtamte Carlsruhe anstellen, welche damit begründet wurde, daß der Beklagte seiner, in den obigen Verträgen übernommenen Verbindlichkeit nicht nachgekommen sei. Der Beklagte, welcher ohne Zuziehung eines Anwalts sich selbst vertrat, behauptete, daß vor dem Jahr 1850 die Vollendung des Werkes durch höhere Gewalt, wie z. B. durch Krankheit, Unruhen, Revolution rc. verhindert worden sei, daß er aber in den Jahren 1850 und 1851 seine Verbindlichkeiten erfüllt habe, indem er im Jahr 1850 dreißig, im Jahr 1851 bis zum 13. Oktober zwanzig Druckbogen geliefert habe. Der Richter erster Instanz verurtheilte den Beklagten nach dem Klagantrag aus folgenden Gründen:

„Das Klaggesuch stützt sich auf den in Abschrift

vorgelegten Vertrag vom 23. Februar 1849 dessen Inhalt zugestanden ist.

Hiernach ist erwiesen, daß beide Theile durch Vertrag festgesetzt haben, es solle der Beklagte das zur gänzlichen Vollendung seines Handbuchs der Geognosie noch fehlende Manuscript nebst Zeichnungen in der Art liefern, daß vom März 1849 anfangend, wöchentlich wenigstens ein halber Druckbogen fertig wird, und das ganze spätestens bis Ostern 1850 vollendet sein kann; es soll ferner, wenn der Beklagte nicht binnen drei Monaten Manuscript zu wenigstens 6 Druckbogen liefere, die Klägerin aller durch den Vertrag vom 15. März 1846 übernommenen Verbindlichkeiten entledigt sein, und der Beklagte, ohne daß Setzung in Verzug nöthig sei, an die Klägerin eine Conventionalstrafe von 500 fl. und die durch den Druck der früheren Lieferungen entstandenen Kosten und zwar für die drei ersten Lieferungen mit 1958 fl. 36 kr. nebst Zins ersetzen.

Nach dem eigenen Vortrage des Beklagten ist derselbe der vertragsmäßig übernommenen Verbindlichkeit nicht nachgekommen.

Derselbe hat jedoch die Einrede vorgeschützt, daß ihm die Vertragserfüllung durch höhere Gewalt unmöglich gemacht worden sei. Diese Einrede ist durch die vorgetragenen Thatsachen nicht begründet, denn es sind einerseits die Ergebnisse der Jahre 1847 und 1848 hier, wo es sich um Verbindlichkeiten handelt, die in den Monaten März, April und Mai 1849 zu erfüllen waren, unerheblich, andererseits die Ereignisse des Jahres 1849 nicht von der Art, daß sie einen nothwendigen, im nächsten Zusammenhang mit der zu erfüllenden Verbindlichkeit stehenden Abhaltungsgrund abgeben; und es sind endlich die Ereignisse des Jahrs 1849 bekanntlich erst mit dem 13. Mai beginnend eingetreten, während die Lieferung des versprochenen Manuscripts zu wenigstens 6 Druckbogen, in den Monaten März bis Mai einschließlich hätte vertragsmäßig erfolgen sollen, und somit für die Zeit von 2½ Monaten der behauptete Hinderungsgrund nicht einmal bestand."

In der zweiten Instanz wurde für den Beklagten geltend gemacht, einmal daß der im Vertrag vom 23 Februar 1849 gesetzte Termin für Vollendung des Werkes (Ostern 1850) in beiderseitiger Uebereinstimmung verlängert worden sei, indem nach Ostern 1850 und sogar im Jahr 1851 Manuscript geliefert, angenommen und gedruckt worden sei, die Verlagshandlung auch den Autor in einem Schreiben vom 12. Mai 1851 zur Vollendung des Werks aufgefordert habe; ferner wurde wiederholt behauptet, daß der Beklagte seinen Verbindlichkeiten nachgekommen sei, indem er seit dem Vertrag vom 23. Februar 1849 mehr als 40 Druckbogen geliefert habe, welche von der Verlagshandlung angenommen worden seien.

Die Klägerin, aufgefordert, sich hierüber zu erklären, hat zugegeben, daß in den Jahren 1850 und 1851 das 4. 5. 6. und 7. Heft, je zu zehn Bogen, gedruckt wurde — sie legte auch das Schreiben vom 18. Mai 1851, auf welches der Beklagte sich in der Beschwerdeschrift bezogen hatte, vollständig vor. — (Aus diesem Schreiben geht hervor, daß die Klägerin die Zahlung des Honorars für das sechste und siebente Heft verweigert hat.) Das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises bestätigte, ohne vorausgehende Beweiserhebung, das amtliche Erkenntniß, aus folgenden Gründen:

„Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag v. 23. Februar 1849 enthält zweierlei Fristbestimmungen:

in §. 1 nämlich die Bestimmung, daß das Handbuch der Geognosie spätestens bis Ostern 1850 vollendet sein solle, und

in §. 2 die weitere Bestimmung, daß immer innerhalb dreier Monate Manuscript zu wenigstens 6 Druckbogen geliefert werden müsse.

Es kann nun kaum zweifelhaft sein, daß die Klägerin dadurch, daß sie auch nach Ostern 1850 noch mehrere Hefte des in Frage stehenden Werkes zum Druck angenommen und wirklich gedruckt hat, auf die im §. 1 des Vertrags festgesetzte Frist verzichtete. Sie hätte die ihr erst später zugekommenen Manuscripte zurückweisen müssen, wenn sie bei dem Termin Ostern 1850 beharren wollte. Durch die Annahme hat die Klägerin dem Beklagten nicht nur Nachsicht für die Vergangenheit gewährt, sondern sich sogar verpflichtet, auch die Fortsetzung des Werks bis zu dessen Vollendung unter den vertragsmäßigen Bedingungen drucken zu lassen.

Beide Theile waren interessirt dabei, daß das Werk vollendet werde, und insbesondere war dies auf Seiten der Klägerin, indem sie sogar im Jahr 1851 das 7. Heft angenommen und gedruckt und dadurch zu erkennen gegeben hat, daß sie auch den Schluß des Werkes noch drucken werde; denn ohne den Schluß konnte das Werk für sie keinen Werth haben. Der Brief der Klägerin vom 18. Mai 1851 enthält aber noch besonders die Aufforderung an den Beklagten, das Werk zu vollenden und

damit auch die Verpflichtung, den Schluß anzunehmen und drucken zu lassen.

Wenn aber auch die Klägerin auf die im §. 1 des Vertrags festgesetzte Frist unbedingt verzichtet hat, so ist dies von ihr keineswegs rücksichtlich der weiteren im §. 2 festgesetzten geschehen. Hinsichtlich dieser Frist kann nur angenommen werden, daß die kläger'sche Verlagshandlung dem Beklagten durch Annahme der Manuscripte Nachsicht für die Vergangenheit gewährt habe; denn in dieser Beziehung gilt ganz das bereits oben Gesagte. Den Beklagten konnte aber nichts berechtigen, anzunehmen, daß die Klägerin auch für die Zukunft die gleiche Nachsicht eintreten lassen, und von dem §. 2 des Vertrags ganz absehen werde. Insbesondere hat sie ihn in dem Schreiben vom 18. Mai 1851 noch besonders zur möglichst baldigen Beendigung des Werkes ermahnt. Hierin kann gewiß nicht ein Verzicht auf die im §. 2 festgesetzte Frist, sondern nur die Aufforderung erblickt werden, wo möglich noch schneller zu arbeiten; daß es dem Beklagten möglich sei, immer innerhalb dreier Monate 6 Druckbogen zu liefern, hat er durch Eingehung des Vertrags selbst anerkannt. Nach dem eigenen Vortrage des Beklagten hat derselbe nun aber vom 18. Mai 1851 an, wo inhaltlich des mehrerwähnten Briefs das 7. Heft gedruckt war, bis zum 13. Oktober 1851 kein Manuscript und an diesem Tage nur Manuscript zu ⅓ Druckbogen geliefert, welches dann von der Klägerin zurückgewiesen wurde.

Wenn man daher auch, wie bemerkt, annehmen muß, daß die Klägerin durch den Druck des 7. Heftes stillschweigend sich verpflichtet habe, auch für die Zukunft bei dem Vertrag stehen zu bleiben, so war doch auch der Beklagte jedenfalls verpflichtet, von da an, soweit dies noch möglich war, den Vertrag zu erfüllen, insbesondere die vertragsmäßige Frist einzuhalten; auch hat er selbst nicht behauptet, daß er von dieser Zeit an etwa durch höhere Gewalt an der Erfüllung verhindert worden sei.

Aus diesen Gründen, und in Erwägung, daß, abgesehen von der Frage, ob dies überhaupt hier zulässig war, bei der großen Nachsicht, welche die Klägerin gegen den Beklagten ohnehin schon hat eintreten lassen, dem Richter durchaus kein Anlaß gegeben ist, dem Beklagten noch eine weitere Frist zur Erfüllung zu gestatten, endlich nach Ansicht des §. 168 d. Pr.O. wegen der Kosten wurde, wie geschehen, erkannt.

Diese Entscheidung beruht, wie aus der hervorgehobenen Stelle ersichtlich, auf der irrigen Unterstellung, als habe der Beklagte zugestanden, vom 18. Mai bis zum 13. Oktober 1851 kein Manuscript geliefert zu haben. Dieser Irrthum wurde in dritter Instanz hervorgehoben, und das großh. Oberhofgericht sah sich dadurch veranlaßt, mittels einer Vorverfügung den Beklagten aufzufordern, seine Behauptung der Vertragserfüllung dadurch zu vervollständigen, daß er die bis zum 13. Oktober 1851 zum Druck gelieferte Bogenzahl, sowie den Zeitpunkt der jeweiligen Lieferung des Manuscripts bestimmt (genau) bezeichne. Nachdem der Beklagte dieser Aufforderung entsprochen hatte und die klagende Verlagshandlung darüber gehört worden war, wobei ich zur Berichtigung der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe nebenbei zu bemerken mir erlaube, daß sie zugibt, der Beklagte habe vom 10. Mai bis 13. Oktober 1851 das Manuscript zu den Bogen 72—76, somit zu 5 Druckbogen geliefert, erließ das großh. Oberhofgericht ein Erkenntniß dahin, der Beklagte habe zu beweisen, daß seit dem 18. Mai 1851 von ihm Manuscript zu wenigstens 6 Druckbogen an die klagende Verlagshandlung geliefert und von dieser angenommen worden sei. Die Entscheidungsgründe lauten:

„Auf den Grund der anerkannten Bestimmungen des Verlagsvertrags vom 15. März 1846 und des Nachtrags hiezu vom 23. Februar 1849 und auf die Behauptung gestützt, daß der Beklagte im Widerspruche mit denselben

1) das zur Vollendung des 2. Bandes der 2. Auflage seines Handbuchs der Mineralogie erforderliche Manuscript bei Anstellung der Klage noch nicht übergeben habe,

2) das Werk aber jetzt schon auf sieben Lieferungen ausgedehnt sei, ohne daß sein Schluß abzusehen wäre, und

3) der Verfasser auch nicht innerhalb jeweils drei Monaten Manuscript zu 6 Druckbogen geliefert habe,

begehrt die klagende Verlagshandlung die Auflösung des Vertrags und die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der im Vertrage festgesetzten Conventionalstrafe und Entschädigung.

Dieses Begehren findet, soweit es auf die Nichteinhaltung der in §. 2 des Vertrags vom Februar 1849 enthaltenen Bestimmung sich stützt, in den Sätzen 1134. 1142. 1146 und 1226 des Landrechts seine rechtliche Be-

gründung, und zwar ohne daß es nach der ausdrücklichen Bestimmung des Vertrags, einer vorgängigen Setzung des Beklagten in Verzug bedurfte.

Letzterer sucht sich dagegen mit der Einrede zu schützen, daß der zur Beendigung des Werks bestimmte äußerste Termin von Ostern 1850 sowohl ausdrücklich als stillschweigend verlängert worden sei, daß die Klägerin überhaupt durch das von ihr selbst in zweiter Instanz vorgelegte Schreiben ihre Nachsicht zu erkennen gegeben habe. Die Klägerin hat nun auch wirklich in jenem Schreiben den Beklagten aufgefordert, sein Werk sobald als nur möglich zu beendigen.

Auch hat sie nach Ostern 1850 und noch im Laufe des Jahrs 1851 Manuscript zum Druck befördert. Darin, sowie in dem Umstande, daß sie das 7. Heft gedruckt hat, obwohl eine solche Ausdehnung des Werks im Vertrage nicht vorgesehen war, liegt eine theils ausdrücklich, theils stillschweigend erklärte Nachsicht gegen die seitherige Ueberschreitung oder Nichterfüllung der obengedachten Vertragsbestimmungen.

Dagegen kann aus dem Schreiben der Klägerin vom 18. Mai 1851 nicht auch ihre Absicht entnommen werden, den Beklagten für die Zukunft von Einhaltung derjenigen Vertragsbestimmung, welche ihn, um den regelmäßigen Fortgang des Drucks zu sichern, zur Lieferung von 6 Druckbogen innerhalb dreier Monate verpflichtet, loszuzählen, und damit auf die ihr im §. 2 des Vertrags vom Februar 1849 für den Fall der Nichteinhaltung jener Bestimmung vorbehaltene Conventionalstrafe und Entschädigung zu verzichten. Vielmehr spricht der in dem erwähnten Schreiben dem Beklagten gemachte Vorwurf der Verzögerung und des dadurch der Klägerin zugefügten Nachtheils, sowie die dringende Aufforderung das Werk endlich einmal dem Schlusse zuzuführen, entschieden gegen jede Unterstellung einer solchen Absicht.

Da der §. 2 des Vertrags vom 23. Februar 1849 den Verfall der Conventionalstrafe und die zu leistende Entschädigung ausschließlich davon abhängig gemacht, daß nicht immer innerhalb dreier Monate Manuscript zu 6 Druckbogen geliefert werde, so kommt es nach dem obenbemerkten allein darauf an, ob von der Zeit der erklärten Nachsicht und der damit verbundenen neuerlichen Aufforderung zur Vertragserfüllung, nemlich seit dem Schreiben vom 18. Mai 1851 von wo an bis zum Monat Oktober nur ein Vierteljahr vollständig abgelaufen ist, wenigstens 6 Druckbogen vom Beklagten geliefert, und von der Klägerin angenommen worden sind, indem lezternfalls unterstellt werden darf, daß sie von ihr als in vertragsmäßiger Frist geliefert angesehen wurden, sollte auch ein Theil davon erst im Laufe des zweiten Vierteljahrs geliefert worden sein.

Eine bestimmte Behauptung in dieser Richtung hat nun zwar weder der Kläger in der Klage, noch der Beklagte aufgestellt; sie kann jedoch theils in der allgemein abgegebenen Erklärung des leztern, daß er das Manuscript gewöhnlich Woche für Woche geliefert habe, theils in der Anführung, daß von den seit dem März 1849 gelieferten 46 Druckbogen das 7. Heft von 10 Bogen, sodann sechs Bogen des 8. Heftes und das Manuscript zum siebenten Bogen desselben Heftes enthalten, gefunden werden.

Bei dem Widerspruche, welcher in den Erklärungen der Klägerin in Bezug auf jene Behauptung enthalten ist, mußte dem Beklagten der Beweis derselben auferlegt werden, da es sich um Erfüllung einer übernommenen Verbindlichkeit handelt, und diese zu beweisen stets demjenigen obliegt, der sie behauptet, es mag wegen Nichterfüllung auf Vollzug oder auf Auflösung des Vertrags geklagt sein."

Von Seiten des Beklagten wurde in erster Linie bestritten, daß ihm der Beweis der Erfüllung obliege und zwar

1) deßwegen, weil der Klage auf Auflösung des Vertrags und Entschädigung die Behauptung zu Grund liege, daß der beklagte Theil nicht erfüllt habe, welche Behauptung, sobald sie widersprochen sei, nach dem in §. 362 der Pr.O. aufgestellten Grundsatz von dem Kläger erwiesen werden müsse. Es wurde

2) auch darauf hingewiesen, daß aus dem Schreiben der klagenden Verlagshandlung vom 18. Mai 1851 hervorgehe, daß sie die Zahlung des Honorars für das 6. und 7. Heft verweigert habe, mithin weil sie ihrerseits ihren vertragsmäßigen Verbindlichkeiten nicht nachgekommen sei, weder auf Erfüllung noch auf Auflösung klagen könne, indem es ein längst feststehender Grundsatz sei, daß derjenige, welcher von dem Mitcontrahenten Erfüllung des Vertrags begehre, seinerseits entweder bereits erfüllt, oder sich wenigstens hiezu bereit erklärt haben müsse.

l. 13. §. 8 de actionibus empti.
Cujacius ad l. 23. D. de act. empti.
Troplong de la Vente ad art. 1612.

Eventuell war der aufhabende Beweis angetreten worden und zwar

a) rücksichtlich des Bogens 71 durch Eideszuschiebung,
b) rücksichtlich der Bogen 72—76 durch Bezugnahme auf das Zugeständniß der klagenden Verlagshandlung,
c) rücksichtlich des Bogens 77 durch Vorlage des Manuscripts, und durch Zeugen.

Bei Abhör des Zeugen ergab sich, daß vom 77. Bogen die Hälfte bereits gedruckt war, und daß das abgelieferte Manuscript hinreichte, die andere Hälfte des Bogens bis auf wenige Zeilen zu drucken. Der Beklagte hatte demnach jedenfalls so viel erwiesen, daß er seinerseits erfüllt, d. h. das Manuscript geliefert habe; das Beweiserkenntniß verlangte aber auch den Beweis, daß das gelieferte Manuscript von der klagenden Verlagshandlung angenommen worden sei. Dieser Beweis ergab sich von selbst, insoweit das Manuscript bereits gedruckt war, da der Druck nothwendig die Annahme voraussetzt. Gedruckt waren aber die Bogen 72—76 und die Hälfte des Bogens 77; das Manuscript, woraus diese Hälfte des letzten Bogens gedruckt wurde, reichte noch für 2—3 Seiten. Außerdem war noch weiteres Manuscript am 13 Oktober 1851 an die Verlagshandlung geliefert, und ihr über die Annahme der Eid zugeschoben worden.

Das großh. Oberhofgericht erkannte auf den rücksichtlich des 71. Bogens zugeschobenen Eid aus folgenden Gründen:

„Da in den Entscheidungsgründen zu dem diesseitigen Erkenntnisse vom 21. September v. J. die erhobene Klage und die ihr entgegengesetzten Einreden gewürdigt sind, auch der rechtliche Gesichtspunkt, von welchem man bei Erlassung der Beweisauflage an den Beklagten ausging, bereits festgestellt worden ist, so wird sich bezüglich der gegen die Beweisauflage vorgebrachten Beanstandungen auf jene Motive lediglich zurückbezogen.

Es bedarf nur noch der Bemerkung, daß die oberappellantische Behauptung, die klagende Verlagshandlung habe den Vertrag selbst nicht erfüllt, indem sie das Honorar für die sechste und siebente Lieferung nicht bezahlte, schon deßhalb nicht berücksichtigt werden konnte, weil jene Behauptung erst im Laufe des dritten Rechtszugs aufgestellt worden ist, daß aber — auch abgesehen hievon — der Klägerin nicht zugemuthet werden konnte, gegenüber den Vertragswidrigkeiten, die sie schon in dem am 23. Februar 1849 gefertigten Nachtrag zu dem Verlagsvertrag, sowie auch in dem Schreiben vom 18. Mai 1851 dem Beklagten zur Last legte, durch Bezahlung des Honorars für die 6. Lieferung (die 7. war noch nicht vollendet) sich in eine Lage zu versetzen, welche es ihr, weil sie dadurch die Handlungsweise des Beklagten genehmigt haben würde, unmöglich gemacht hätte, mit der erhobenen Klage gegen denselben aufzukommen.

Was nun den ersten Satz der Beweisauflage betrifft, so behauptet der Beklagte, daß nicht nur das Manuscript zum 72. bis incl. 76. Bogen, sondern auch jenes zum 71. Bogen nach dem 18. Mai geliefert worden sei, so daß, die Richtigkeit dieser Behauptung vorausgesetzt, auch ohne Einrechnung des zum 76. Bogen abgegebenen Manuscripts, von ihm nach dem 18. Mai wirklich 6 Bogen geliefert worden wären. Den Beweis seiner Behauptung hat der Beklagte nur allein durch Eideszuschiebung angetreten, der Eid wurde vom klagenden Theil angenommen, jedoch mit der Erklärung, daß Christian Eisele, welcher, wie auch der Beklagte anführt, als Faktor der Buchhandlung das Manuscript in Empfang nahm, dem Setzer zustellte, sowie Satz und Druck zu überwachen hatte, allein den Wahrheitseid ausschwören könne. Derselbe hat sich hiezu auch ausdrücklich bereit erklärt, und die Ausschwörung des Eides durch ihn ist nach §. 560 der Pr.O. statthaft.

Zwar wird die Eidesformel von der Klägerin beanstandet, weil dieselbe sich nicht auch auf den 72. Bogen ausdehnt, welcher nach ihrer Angabe zum Theil vor dem 18. Mai, nemlich in dem Zeitraume vom 10. Mai bis 7. Juni 1851, geliefert worden sein soll. Diese Beanstandung erscheint jedoch als unerheblich; schwört nemlich die Klägerin den zugeschobenen Eid, so ist es jedenfalls gewiß, daß das nach dem 18. Mai gelieferte Manuscript nicht 6 Druckbogen betragen hat; verweigert sie aber den Eid, so ist die Annahme, daß der Beklagte mindestens 6 Druckbogen Manuscript geliefert hat, zweifellos gerechtfertigt.

Nur dann wäre diese Eidesauflage — und zwar im Interesse des Beklagten — überflüssig, wenn das zum 77. Bogen gelieferte Manuscript, soweit dasselbe von der klagenden Verlagshandlung angenommen worden ist, zu einem vollen Druckbogen hingereicht, also auch ohne Einrechnung des 71. Bogens, die Lieferung an Manuscript

während der Zeit vom 18. Mai bis 13. Oktober 1851 in 6 Druckbogen bestanden haben würde; nur in diesem Falle könnte etwa auch der Entwurf einige Bedeutung haben, daß auch ein Theil des Manuscripts zum 72. Bogen noch vor dem 18. Mai (nemlich in der Zeit vom 10. bis zum 18. Mai) übergeben worden sei.

Hinsichtlich des zum 77. Bogen gelieferten Manuscripts besteht nun zwar nach der Erklärung des Faktor Eisele, auf welchen sich der Beklagte selbst berufen hat, kein Zweifel darüber, daß er die Blätter 138. 139 und 140 vor dem 13. Oktober 1851 erhalten hat, und daß damals der Druck derselben bis zur Zeile 12 des Blattes 140 gediehen war, daß dagegen das am 13. Oktober ihm zugegangene Blatt 141, der ihm ertheilten Weisung gemäß, von ihm nicht angenommen worden ist.

Der zu den Akten gegebene Abdruck der Bläter 138. 139 und 140 des Manuscripts fällt jedoch, nach der Erklärung des Faktor Eisele, und wie auch der Augenschein, welcher eine Expertise unnöthig macht, klar vor Augen stellt, nur 8 Druckseiten.

Der Beklagte behauptet zwar in seiner Eingabe vom 5. Oktober d. J., daß auf dem 140. Blatt 51 Zeilen noch nicht gesetzt waren, daß ferner das 141. Blatt auf der einen Seite 58, auf der andern 62 Zeilen enthalte, und daß die Gesammtzahl von 171 Zeilen weitere 8 Druckseiten ergeben haben würde. Allein das 141. Blatt kommt hier nicht in Betracht, weil es nicht angenommen worden ist, und die 51 noch ungedruckten Zeilen des Blattes 140 geben nach der eigenen Berechnung des Beklagten nur 94 Druckzeilen, also, da eine Seite Druck 40 Zeilen hat, nur etwas über 2 Seiten.

Anlangend den 2. Theil der Beweisauflage, welche sich auf die Annahme des gelieferten Manuscripts bezieht, so ist diese durch den nachgewiesenen Druck desselben, einschließlich des 140. Bogens, in Verbindung mit der Erklärung des Faktors Eisele außer Zweifel gesetzt; dagegen ergibt sich aber auch theils aus der Erklärung des Letztern in Verbindung mit seinem Schreiben an den Beklagten vom 13. Oktober 1851, theils aus den Anführungen des Beklagten selbst, daß die Annahme des 141. Blattes verweigert worden ist. Bei der hierüber herrschenden Gewißheit bedarf es der Auflage des zugeschobenen, beziehungsweise zurückgeschobenen Eides nicht.

Uebrigens kann aus dem Umstande, daß der Beklagte nach der Verweigerung des Drucks auch die Bogen 138—140 des Manuscripts zurückverlangt hat, nicht gefolgert werden, daß er, wie die Klägerin geltend macht, bei der Unterbrechung des Drucks sich beruhigt habe, und daß deßhalb jene Blätter, welche bereits gesetzt und abgezogen waren, als nicht geliefert und nicht angenommen zu betrachten seien. Dieser ohnedies verspätet vorgebrachte und schon deßhalb nicht zu berücksichtigende Thatumstand läßt sich füglich dadurch erklären, daß, wie auch der Beklagte anführt, jene Blätter vor dem Verlust bewahrt werden sollten.

Aus diesen Gründen ist, wie geschehen, erkannt worden.

Den vorstehenden Rechtsfall habe ich ausführlicher dargestellt, sowohl seines eigenen Interesses wegen als auch, weil ich einige Betrachtungen daran knüpfen möchte. Zunächst mag man sich daraus überzeugen, daß für die Parthieen, welche nicht rechtskundig sind, die Selbstvertretung ihre gefährliche Seite hat Unsere Gesetzgebung scheint mir in dieser Beziehung nicht frei von gerechtem Tadel; sie sucht die rechtsgelehrten Vertreter von ihrem eigentlichen Beruf, nemlich von der Vertretung der Parteien, in erster Instanz mehr und mehr zu verdrängen; verlangt dagegen in den höhern Instanzen die Vertretung durch einen bei dem Gericht angestellten Anwalt. Man müßte daraus schließen, daß die Vertretung in erster Instanz von keiner Bedeutung, dagegen in höherer Instanz von der größten Bedeutung sei. Allein Jeder, der einige Erfahrung gemacht hat, wird mir darin beistimmen, daß die Führung eines Prozesses in erster Instanz weit schwieriger ist, als in den höheren Instanzen, und daß die richtige Führung des Prozesses in erster Instanz von größerm Einfluß auf den Ausgang des Prozesses ist, als in den höhern Instanzen. Der Grund davon liegt ganz nahe. In erster Instanz wird nicht allein das thatsächliche Material gesammelt, zu dem in dritter Instanz gar nichts mehr nachgetragen werden kann, sondern der ganze Prozeß erhält durch die Anträge der Parteien eine Richtung, von welcher eine Abweichung überhaupt nicht mehr möglich ist. Unter allen prozessualischen Handlungen ist die Anstellung einer Klage gewiß die schwierigste und zugleich die wichtigste, zumal unser Prozeßgesetz die thatsächliche Begründung des Gesuchs in der Klageschrift verlangt, und keine Verbesserung gestattet, sobald die Vernehmlassung abgegeben ist. Eine so strenge formelle Behandlung des Prozesses läßt doch wohl voraussetzen, daß der Prozeß von Personen geführt wird, welche die Formen kennen, und welche wissen, welchen Gefahren sie sich

durch Nichtbeobachtung der formellen Vorschriften aussetzen! Aber merkwürdiger Weise hat man die strengen Formen auch dann noch beibehalten, als man die Anwälte von der Vertretung der Parteien in erster Instanz auszuschließen suchte.

Man müßte, wie mir scheint, von der Menge der Formen zurückkommen, wenn man fernerhin die Selbstvertretung der Parteien begünstigen will, oder man müßte, wenn und solange man die Strenge der Formen beibehält, die Vertretung der Parteien durch rechtskundige Personen als selbstverstanden annehmen. Am richtigsten würde man, nach meiner Ansicht, verfahren, wenn man, nach dem Beispiel anderer Länder, für geringfügige Sachen ein einfaches, zwangloses Verfahren einführen, die andere Sachen aber nach dem jetzt geltenden Verfahren den Hofgerichten in erster Instanz zuweisen würde, ein Vorschlag, der in No. 26 des vorigen Jahrgangs dieser Blätter ausführlicher besprochen wurde.

Uebrigens scheint mir die formelle Strenge des obersten Gerichtshofs in dem vorliegenden Fall nicht durch das Gesetz gerechtfertigt. Wer auf Erfüllung eines Vertrags klagt, muß selbst entweder erfüllt haben, oder sich wenigstens dazu bereit erklären. Dies bestimmt schon das römische Recht in der oben angeführten Gesetzesstelle, und die Erläuterung, welche Cujaz dazu gibt, läßt darüber keinen Zweifel. Das französische Recht geht in dem Art. 1184 von demselben Prinzip aus, und macht in dem Art. 1612 selbst die Anwendung davon. Auch haben die Gerichte in Frankreich wie in Baden stets an diesem Grundsatz festgehalten. Was von der Klage auf Erfüllung in dieser Beziehung gilt, das gilt auch von der Klage auf Auflösung — sonst wäre diese nur ein Mittel, sich von einem lästigen Vertrag zu befreien. Sonach ist die Erfüllung des Vertrags oder wenigstens die Bereitschaft zur Erfüllung der Vorbedingung zur Anstellung der Klage auf Auflösung. Der Grundgedanke dieser Klage ist die Behauptung, daß der Kläger erfüllt habe oder zur Erfüllung bereit sei, der Beklagte aber die Erfüllung verweigert habe oder noch fortwährend verweigere. Wenn nun dagegen der Beklagte behauptet, er habe den Vertrag erfüllt, oder der Kläger habe nicht erfüllt, so ist die eine wie die andere Behauptung nicht eine Einrede im eigentlichen Sinn, sondern nur eine negative Einlassung. Daraus folgt gemäß dem in §. 362 der Pr.O. aufgestellten Prinzip, daß der Kläger eintretenden Falls zu beweisen hat, einmal, daß er erfüllt, dann, daß der Beklagte nicht erfüllt hat. Es scheint mir dies so klar, so einleuchtend und so unzweifelhaft, daß ich mich nicht genug darüber wundern kann, wie der höchste Gerichtshof im vorliegenden Fall einer andern Ansicht folgen konnte.

Die klagende Verlagshandlung fordert die Vertragsauflösung, weil der beklagte Theil nicht erfüllt habe; sie muß daher die Nichterfüllung, nicht aber der Beklagte die Erfüllung beweisen. Ja es tritt im vorliegenden Fall ein Umstand hinzu, der, abgesehen von der obigen Ausführung, zu dem gleichen Resultat hinführt. Die Klägerin verlangt eine Conventionalstrafe, welche in dem Vertrag für den Fall festgesetzt war, wenn der Beklagte nicht je sechs Bogen innerhalb dreier Monate liefern würde. Daß dieser Fall eingetreten, behauptet die Klägerin; durch diese Behauptung wird der Antrag begründet, mithin muß die Klägerin dieselbe erweisen. Statt dessen ist dem Beklagten der Beweis aufgelegt worden, was gegen den klaren Wortlaut des Art. 1226. des L.R. verstößt.

Außerdem ist, allerdings erst in dritter Instanz, behauptet worden, die Klägerin habe selbst den Vertrag nicht erfüllt, sie habe nemlich die Zahlung des Honorars für das 6. und 7. Heft, welche beide Hefte gedruckt waren, verweigert. Die Entscheidungsgründe des großh. Oberhofgerichts sagen freilich, das 7. Heft sei nicht gedruckt gewesen; es gehöre aber zu den eigenthümlichen Mißgeschicken dieses Prozesses, daß nicht einmal das thatsächliche Material richtig aufgefaßt wurde. So sagen die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe, der Beklagte habe vom 18. Mai bis 13. Oktober 1851 kein Manuscript geliefert, während er, wie oben gezeigt, in dieser Zeit $5^1/_4$ bis 6 Druckbogen geliefert hat. An derselben Stelle wird aber angeführt, daß das 7. Heft schon den 18. Mai 1851 gedruckt war, wie aus dem Brief von diesem Datum hervorgehe, wogegen die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe sagen, das 7. Heft sei am 13. Oktober 1851 noch nicht vollendet gewesen. Daß aber dieses Heft vollendet, d. h. vollständig gedruckt und sogar ausgegeben war, darüber konnte sowohl nach den Erklärungen beider Theile, wie nach dem Brief vom 18. Mai 1851 kein Zweifel obwalten. Außerdem sagen die nemlichen Entscheidungsgründe, daß schon die Bogen 72—76, welche zum achten Heft (oder zur achten Lieferung) gehören, gedruckt waren, woraus doch wohl hervorgeht, daß die vorausgehenden Bogen 61—70, welche die 7. Lieferung ausmachen, längst vollendet waren. Nach dem Vertrag hätte

das Honorar bezahlt werden sollen; sobald der Druck einer Lieferung von je zehn Bogen vollendet war. Aus dem Schreiben vom 18. Mai 1851 ergab sich aber, daß die Zahlung des Honorars für das 6. und 7. Heft von der Klägerin schon unter diesem Datum, also lange vorher, ehe der Druck unterbrochen wurde, verweigert worden war. Wurde diese Thatsache rechtzeitig vorgetragen, so mußte die Klage abgewiesen werden; denn die Klägerin war seit dem 18. Mai 1851 im Verzug, der Beklagte konnte daher von dieser Zeit an seinerseits die Erfüllung mit Fug und Recht verweigern, ja er konnte auf Erfüllung oder auf Auflösung und Entschädigung klagen. Dagegen war die Klage der Verlagshandlung, wenn und solange sie nicht erfüllt hatte, nicht begründet, sie mußte vielmehr verworfen werden, sobald die Thatsache, daß die klagende Verlagshandlung schon v o r dem Verzug des Beklagten selbst in Verzug war, für den Richter unzweifelhaft constatirt war. Nun hatte die Klägerin selbst den Brief vom 18. Mai 1851, aus der diese Thatsache zu entnehmen war, in zweiter Instanz mit der Vernehmlassung auf die Appellationsbeschwerdeschrift zu den Akten gegeben. Dieser Brief war von diesem Augenblicke ein gemeinschaftliches Beweismittel, und es war daher bereits der Richter zweiter Instanz in der Lage, auf diesen Grund hin die Klage zu verwerfen. Unglücklicherweise scheint man aber das Gewicht dieser Thatsache von keiner Seite erkannt zu haben. War es nun in dritter Instanz zulässig, dieses bereits vorliegende thatsächliche Material zu benutzen, um daraus die Verwerflichkeit der Klage zu argumentiren? Ich sollte glauben, diese Frage sei zu bejahen und die formelle Strenge des obersten Gerichtshofs nicht gerechtfertigt.

Dieser hat aber außer dem formellen auch einen sachlichen Grund beigebracht, aus welchem die Thatsache, wenn sie selbst in Betracht gezogen wird, keineswegs die behauptete Tragweite habe. „Der Klägerin konnte nicht zugemuthet werden, sagen die Entscheidungsgründe, gegenüber den Vertragswidrigkeiten, die sie schon in dem Nachtrag zu dem Verlagsvertrag, sowie in dem Schreiben vom 18. Mai 1851 dem Beklagten zur Last legte, durch Zahlung des Honorars sich in eine Lage zu versetzen, welche es ihr unmöglich gemacht hätte, mit der erhobenen Klage aufzukommen, weil sie durch die Zahlung die Handlungsweise des Beklagten genehmigt haben würde.“ Ich bestreite nun nicht, daß die Zahlung eine Genehmigung der vorausgehenden Handlungsweise des Beklagten enthalten haben würde, aber ich bestreite, daß aus diesem Grund die Zahlung vorenthalten werden dürfte, nachdem die Klägerin die Manuscripte zum 6. und 7. Heft angenommen und gedruckt hatte. Denn in der Annahme des Manuscripts und in dem Druck desselben liegt ja schon die Erklärung der Nachsicht gegen etwaige Vertragswidrigkeit der Lieferung. Der Gläubiger ist nach Art. 1243 des Landrechts nicht schuldig, etwas Anderes an Zahlung anzunehmen, als was er sich bedungen hat. Diese Regel bezieht sich ebensowohl auf Zeit und Art, wie auf Gegenstand der Lieferung. Der Gläubiger kann daher jede Leistung, die nicht dem Vertrag gemäß ist, zurückweisen; allein er kann auch, wenn er will, sie annehmen, wobei er, wie sich von selbst versteht, mittelst der Annahme erklärt, daß er die Leistung oder Lieferung für dasjenige erkenne, was ihm gebührt. Art. 1108b Kann er aber die Leistung annehmen und die Gegenleistung verweigern? Das gestattet weder Billigkeit noch Recht. Eine vortreffliche Abhandlung über die hier einschlagende Lehre „von den rechtlichen Wirkungen der Annahme einer Zahlung nach badischem Landrecht, von einem praktischen Juristen“ findet sich in den Blättern für Justiz und Verwaltung, 1. Band S. 337—390. Dort ist nachgewiesen, daß wer auch etwas Anderes, als was er zu fordern hat, als Zahlung annimmt, nicht mehr gegen seine eigene Handlung aufkommen und hinterher behaupten kann, er sei nicht rite bezahlt. So auch hier. Die Verlagshandlung hat das Manuscript angenommen; war es auch verspätet geliefert, so hat sie mittels der Annahme desselben erklärt, daß sie über die Verspätung hinweg sehe; eben darum kann sie nicht, wo es sich um Zahlung des Honorars handelt, dieses wegen verspäteter Lieferung verweigern.

(Schluß folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 5.

I.

Verlagsvertrag.

1) Wem liegt bei der Klage auf Auflösung der Beweis ob?
2) Kann die Behauptung, der Kläger habe nicht erfüllt, in dritter Instanz nachgetragen werden?
3) Welche Folge hat die Annahme einer verspäteten Lieferung?

(Schluß).

Uebrigens hat das großh. Oberhofgericht in seinen Entscheidungsgründen zu dem Beweiserkenntniß (s. oben) ausgeführt, daß die klagende Verlagshandlung sowohl durch das Schreiben vom 18. Mai 1851, worin sie den Beklagten auffordert, das Werk sobald als möglich zu vollenden, wie auch durch den im Jahr 1851 fortgesetzten Druck des Werkes ihre Nachsicht gegen die seitherige Ueberschreitung oder Nichterfüllung des Vertrags erklärt habe, und daß es eben darum nur noch darauf ankomme, ob der Beklagte seit dem 18. Mai 1851 die ihm obliegenden Verbindlichkeiten erfüllt habe. Seit dieser Zeit hat er wirklich Manuscript für 6 Bogen geliefert, wovon 5½ Bogen gedruckt waren, als der Druck unterbrochen wurde; das Manuscript zu dem letzten halben Bogen war ebenfalls geliefert, aber, wie die Entscheidungsgründe besagen, nicht angenommen, und weil es nicht angenommen war, wurde es nicht mit in Berechnung gezogen und darum der Beklagte verurtheilt.

Auch hierin kann ich der Ansicht des höchsten Gerichtshofs nicht beistimmen. Die Klage beruht auf der Behauptung, der Beklagte habe den Vertrag nicht erfüllt. Beweißt dieser, daß er erfüllt habe, so muß die Klage abgewiesen werden. Worin besteht nun die Erfüllung? In der Lieferung des Manuscripts — der Beklagte hat in je drei Monaten je sechs Bogen zu liefern, dann hat er seine Verbindlichkeit erfüllt. Die Verlagshandlung mußte das rechtzeitig gelieferte Manuscript annehmen und durfte nur dasjenige zurückweisen, was nicht rechtzeitig geliefert wurde. Hat sie nun Manuscript zurückgewiesen, so hat sie zu erweisen, daß es verspätet geliefert wurde, sonst war ihre Zurückweisung des Manuscripts eine Vertragswidrigkeit, woraus sie keinen Nutzen ziehen kann, wofür im Gegentheil sie selbst entschädigungspflichtig ist. Demnach mußte alles gelieferte Manuscript in Rechnung kommen, bis etwa nachgewiesen wurde, daß die Lieferung verspätet, somit die Nichtannahme gerechtfertigt war.

Dr. Ladenburg.

II.

Competenzconflict.

Die authentische Erläuterung vom 9. September 1815 (Reg.-Bl. No. XVI.) zu dem Organisationsedikt von 1809, Beilage lit. D. §. 8 lit. c hat jetzt noch Gültigkeit, und es haben daher nicht die Verwaltungsbehörden, sondern die Gerichte über die Frage zu entscheiden, ob Jemand auf den Grund von privatrechtlichen Verhältnissen die Befreiung von Gemeindeumlagen in Anspruch nehmen dürfe.

(Annalen VII. S. 129. VIII. S. 288. IX. S. 226. Oberhofg. Jahrb. n. F. V. S. 311).

Die Staufenberger Hardwaldungen waren bis zum Jahre 1805 das gemeinschaftliche Eigenthum mehrerer Gemeinden des Kurbadischen Amtes Staufenberg und der

Erzherzoglich Oesterreichischen Landvogtei Ortenau. In diesem Jahre, nemlich am 27. April 1805, wurde mit Genehmigung der beiderseitigen Landesherrschaften zwischen sämmtlichen Gemeinschaftsgenossen ein Theilungsvertrag abgeschlossen, durch welchen das Miteigenthum vollständig aufgehoben, und jedem Betheiligten ein bestimmtes Stück des Waldes zum Alleineigenthum zugeschieden wurde, wobei insbesondere in §. VIII. des Vertrags festgesetzt ist,

„daß alle dabei interessirten Parthien und Gemeinden niemals irgend eine Befugniß, sie möge „heißen, wie sie wolle, in den einem anderen Theile „zugefallenen Bezirken anzusprechen berechtigt sein „sollen."

Bei dieser Theilung hatte die Gemeinde Zusenhofen auch Waldparzellen erhalten, welche in der Gemarkung der Gemeinden Herzthal und Maisenbühl liegen, und deßhalb erhoben die letzteren am 21. September 1828 vor dem Amte Oberkirch gegen die Gemeinde Zusenhofen einen Anspruch auf Bezahlung von 257 fl. 54 kr. Gemeindeumlagen, weil dieselbe wegen jenes Waldbesitzes als Ausmärkerin zur Entrichtung dieser Umlagen verpflichtet sei. Die Gemeinde Zusenhofen anerkannte zwar im Uebrigen diese Forderung, wendete aber dagegen ein, daß sie durch die angeführte Bestimmung des Vertrags vom 27. April 1805 (bei welchem auch die Gemeinden Herzthal und Maisenbühl mitgewirkt haben) von der Verbindlichkeit, diesen beiden Gemeinden irgend eine Umlage zu bezahlen, befreit sei. Da das Amt durch Erkenntniß vom 12. Juni 1829 die Einsprache der Gemeinde Zusenhofen als unbegründet verwarf, so ergriff diese den Rekurs an das Direktorium des Kinzig-Kreises, welche Behörde weitere Verhandlungen pflog, und nach deren Schlusse mit Schreiben vom 31. Dezember 1830 sämmtliche Akten dem mittelrheinischen Hofgerichte „zur gefälligen Erledigung dieses zur dortseitigen (hofgerichtlichen) Competenz geeigneten Gegenstands mittheilte."

In dem von Sander erstatteten Vortrage ist zunächst über die Competenzfrage gesagt:

„Die Verordnung vom 9. September 1815 ertheilt uns die Entscheidung nur hinsichtlich jener „Fragen, welche die Befreiung von einer Gemein„delast, hier von Gemeindeumlagen, aus einem „privatrechtlichen Titel betreffen, und hiernach ha„ben wir auch nur den privatrechtlichen Gründen „der Partheien zu folgen, und müssen uns von „allen andern auf administrativen oder polizeilichen „Vorschriften gestützten Gründen fern halten"

und sodann wird ausgeführt, daß die fragliche Vertragsbestimmung nicht die Freiheit von Gemeindelasten gewähre, weil sie sich nach dem ganzen Zusammenhange und der Tendenz des Vertrags nur auf privatrechtliche Lasten, nemlich Nutzungen und Dienstbarkeiten, beziehe, darunter aber die aus dem öffentlichen Rechte fließende Pflicht zur Leistung von Gemeindelasten nicht begriffen sei.

In Uebereinstimmung mit dieser Ansicht erließ das Hofgericht des Mittelrheins am 9. Juli 1831 ein Urtheil, daß der Gemeinde Zusenhofen aus dem Abtheilungsakte der Staufenberger Gemeindewaldungen vom 27. April 1805 kein Befreiungstitel vom Beitrage zu den Gemeindeumlagen der Gemeinden Herzthal und Maisenbühl für ihren in der Gemarkung der Letzteren liegenden Antheil des Staufenberger Hardwaldes zustehe, und sie daher gehalten sei, den rückständigen Betrag dieser Umlagen mit 257 fl. 54 kr. unter Verfällung in die Kosten zu bezahlen, und auch in Absein anderer etwaiger Befreiungstitel — für die Zukunft fortzuentrichten.

Dies Urtheil wurde dann auch unterm 7. Dezember 1832 von dem Oberhofgerichte in der Form bestätigt, daß ohne Mittheilung von Entscheidungsgründen das Rechtsmittel wegen Mangels der Beschwerden verworfen wurde.

In Folge dieser Entscheidungen wurden von dem Staufenberger Hardwaldantheile der Gemeinde Zusenhofen, soweit er in der Gemarkung von Maisenbühl und Herzthal liegt, die betreffenden Umlagen an jene beiden Gemeinden bis zum Jahre 1853 entrichtet, dann aber nach einem Beschlusse des Gemeinderaths von Zusenhofen vom 8. November 1853 wieder verweigert. Die Gemeinde Ebersweier besitzt nemlich in Folge des oftgedachten Theilungsvertrags ein Stück des Staufenberger Hardwaldes auf der Gemarkung von Durbach, und wies auf Grund desselben die Anforderung der Gemeinde Durbach, hierwegen Umlagen zu bezahlen, mit besserem Erfolge zurück, indem sie Erkenntnisse der Regierung des Mittelrheinkreises vom 24. September 1852 und des Ministeriums des Innern vom 17. Dezember 1852 erwirkte, wonach sie als kraft jenes Vertrags von der Umlagenpflicht befreit erklärt wurde. Dieß war zur Kenntniß der Gemeinde Zusenhofen gekommen und veranlaßte sie zu der neuerlichen Weigerung.

Die Gemeinde Herzthal wendete sich sofort an das

Bezirksamt Oberkirch als Verwaltungsbehörde, welches am 4. Februar 1854 erkannte, daß die Gemeinde Zusenhofen wegen der fraglichen Waldungen die Gemeindeumlagen an die Gemeinde Herzthal und Maisenbühl zu entrichten habe. Die Regierung des Mittelrheinkreises aber hob unterm 31. März 1854 das amtliche Erkenntniß auf und wies die Gemeinden Herzthal und Maisenbühl mit ihren Umlagen-Ansprüchen an die Gemeinde Zusenhofen ab, und das Ministerium des Innern verwarf durch Erkenntniß vom 13. Oktober 1854 den hiergegen von den Gemeinden Herzthal und Maisenbühl ausgeführten Rekurs als unbegründet.

Inzwischen, nemlich am 4. Mai 1854, reichte aber die Gemeinde Herzthal und Maisenbühl bei dem Bezirksamte Oberkirch als Gericht eine Klage ein, worin sie auf Grund der rechtskräftigen richterlichen Urtheile und insbesondere kraft deren Ausspruch, daß die Gemeinde Zusenhofen die fraglichen Umlagen auch für die Zukunft fortzuentrichten habe, die Verurtheilung der Gemeinde Zusenhofen zur Bezahlung der für 1853 rückständigen Umlagen mit 56 fl. 56 kr. begehrte.

Nach gepflogenen Verhandlungen, worin die Größe des geforderten Betrags zugegeben wurde, erließ das Gericht am 4. Oktober 1854 ein dem Klagbegehren entsprechendes Urtheil. Dagegen ergriff die beklagte Gemeinde Zusenhofen kein Rechtsmittel, sondern machte nur Anzeige davon an die Verwaltungsbehörden, und die Kreisregierung beauftragte mit Erlaß vom 5. Januar v. J. das Amt Oberkirch als Verwaltungsbehörde, die Aufhebung der den Erkenntnissen der Kreisregierung und des Ministeriums des Innern entgegenstehenden richterlichen Entscheidung zu veranlassen, und zu diesem Zweck Vortrag an das Hofgericht des Mittelrheinkreises zu erstatten. Als in Folge dessen mit Amtsbericht vom 13. Januar v. J. die Akten bei dem Gerichtshofe einkamen, erblickte derselbe hierin, da ein Rechtsmittel an ihn nicht ergriffen war, und es sich um Beseitigung rechtskräftiger richterlicher Urtheile handelte, die Erhebung eines Competenzconflikts und legte demgemäß mit umfassendem Berichte vom 27. Januar v. J. die Sache dem Justizministerium zur Einholung einer Staatsministerialentscheidung vor.

Das großh. Staatsministerium hat nun auch durch Entschließung vom 5. Januar l. J. ausgesprochen:

„daß die Erkenntnisse der großh. Regierung des „Mittelrheinkreises vom 31. März und des großh. „Ministeriums des Innern vom 13. Oktober 1854, „insoweit solche im Widerspruch mit dem Urtheile „des großh. Hofgerichts des Mittelrheins vom 9. „Juli 1831 die Gemeinden Herzthal und Maisenbühl mit ihren Ansprüchen auf Steuerbeitrag an „die Gemeinde Zusenhofen auf den Grund des Art. „VIII. des Waldabtheilungsvertrags von 1805 ab„gewiesen haben, als unzuständig erlassen, wieder „aufzuheben seien."

Entscheidungsgründe
zur vorstehenden Staatsministerial-Entschließung.

Der im Jahre 1805 zwischen mehreren Gemeinden des Kurbadischen Amtes Staufenberg und der Erzherzoglich Oesterreichischen Landvogtei Ortenau mit Genehmigung der beiderseitigen Landesherrschaften abgeschlossene Vertrag über die Abtheilung der als gemeinschaftliches Eigenthum besessenen Staufenberger Hardwaldungen war nach der zu dem Organisationsrescript von 1809 Beilage D. 8. c. verkündeten authentischen Erläuterung vom 9. September 1815 von den Gerichten und nicht von den Verwaltungsbehörden zu beurtheilen, als in dem im Jahr 1828 entstandenen Streite die Gemeinde Zusenhofen für den ihr zugeschiedenen in der Gemarkung der Gemeinden Herzthal und Maisenbühl gelegenen Waldantheil auf den Grund einer Bestimmung jenes Vertrags über die gegenseitige Aufhebung alter Berechtigungen in den, den einzelnen Gemeinden zugefallenen Waldbezirken Befreiung vom Beitrag zu den Gemeindelasten begehrte, indem sie der erhobenen Umlageforderung, welche hinsichtlich ihres Bestehens und ihrer Größe im öffentlichen Recht unbestritten war, jenen privatrechtlichen Befreiungstitel entgegenhielt.

Mit gesetzlich begründeter Zuständigkeit hat daher das großh. Hofgericht des Mittelrheins in diesem von der Verwaltungsbehörde, dem großh. Kinzig-Kreisdirectorium selbst zur Entscheidung ihm zugewiesenen Streit durch das Urtheil vom 9. Juni 1831 für die Gemeinden Herzthal und Maisenbühl erkannt, indem es nach seiner Auslegung des Waldabtheilungsvertrags den Anspruch der Gemeinde Zusenhofen auf Befreiung vom Beitrag zu den Gemeindeumlagen als unbegründet verwarf, ohne hinsichtlich der sonst unbezweifelten Schuldigkeit und Größe des Beitrags, worüber nach dem angeführten Organisationsrescript stets die Verwaltungsbehörden zu erkennen haben, ein Recht der Entscheidung sich beizulegen.

Die ursprüngliche Competenz und Rechtsbeständigkeit

dieses vom großh. Oberhofgericht am 7. Dezember 1832 bestätigten und bis in die neueste Zeit vollzogenen hofgerichtlichen Urtheils von 1831 ist auch überall nicht angefochten, sondern jetzt noch von den Verwaltungsbehörden, insbesondere von der Regierung des Mittelrheinkreises und großh. Ministerium des Innern ausdrücklich und unbedingt anerkannt, weßhalb in deiser Beziehung ein Conflikt nicht besteht.

Der vorliegende Conflikt ist vielmehr dadurch entstanden, daß in Folge eines im Jahr 1853 zwischen denselben Gemeinden über dieselbe Frage vor dem Bezirksamt Oberkirch erhobenen Streites, großh. Kreisregierung und großh. Ministerium, welches die erwähnte landesherrliche Verordnung von 1815 durch spätere Gesetze für aufgehoben ansieht, und jetzt für die Verwaltungsbehörden das Entscheidungsrecht in solchen Streitigkeiten anspricht, im Widerspruch mit dem hofgerichtlichen Urtheil und mit völliger Beseitigung desselben die Gemeinden Herzthal und Maisenbühl gerade auf den Grund des durch das gerichtliche Erkenntniß verworfenen Befreiungstitels aus dem Vertrag von 1805 mit ihren Umlageansprüchen abgewiesen haben, während das Bezirksamt Oberkirch, als Richter erster Instanz, in Aufrechthaltung des hofgerichtlichen Urtheils eine entgegengesetzte Entscheidung gegeben hat, weßhalb die Akten vom großh. Ministerium des Innern beziehungsweise der Justiz, zur Entscheidung dieses Conflikts dem großherz. Staatsministerium vorgelegt worden sind.

Wenn nun großh. Ministerium des Innern in seiner Ausführung die behauptete und durch kein Gesetz ausgesprochene Aufhebung der Verordnung von 1815 durch Folgerungen aus der Gemeindeordnung von 1831 abzuleiten sucht, um damit die dermalige Competenz der Verwaltungsbehörden zu begründen, so erscheint diese Gesetzesauslegung nicht richtig. Dieses Gemeindegesetz gewährt zwar nach dem in §. 6 aufgestellten Grundsatz den Gemeinden eine größere Selbstständigkeit in der Verwaltung ihres Vermögens gegenüber den Verwaltungsbehörden des Staates; aber damit ist an den Grenzen der Competenz der Gemeinden und Verwaltungsbehörden gegenüber den Gerichten überall nichts geändert, insbesondere die Competenzbestimmung von 1815 für Streitigkeiten über privatrechtliche Befreiungstitel nicht aufgehoben. Aus gleichem Grunde kann auch aus den angeführten §§. 64. 132 und 152 eine Unterstützung der fraglichen Behauptung nicht gefunden werden.

Die Aufhebung der gedachten Verordnung läßt sich auch nicht aus der bürgerlichen Pr.O. von 1831 u. 1851 schließen, welche in ihrem ersten Satze, indem sie alle bürgerliche Rechtsstreitigkeiten den bürgerlichen Gerichten zur Verhandlung und Entscheidung zuweist, im Allgemeinen das Gebiet der Thätigkeit der Gerichte nach einem auf der Natur des Gegenstandes beruhenden Grundsatz bezeichnet, wie solches auch in dem früheren organischen Gesetz von 1809 Beilage C. §. 10, Beilage D. §. 4. 11. 12 schon bezeichnet war, ohne durch die Wiederholung dieser allgemeinen Bestimmungen an der speciellen Vorschrift der Verordnung von 1815 etwas zu ändern, welche jetzt mit derselben Wirkung neben dem wieder ausgesprochenen generellen Satze fortbesteht. Wenn der Streit über einen aus privatrechtlichem Grunde angesprochenen Titel der Befreiung von einer öffentlichen Last nicht nach der Natur der Sache und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen schon in die Kathegorie der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gehören würde, somit nur ausnahmsweise durch die positive Vorschrift von 1815 den Gerichten zur Entscheidung überwiesen wäre, so wäre jedenfalls mit der wiederholten Sanktion der alten Regel die neben ihr bestandene Ausnahme nicht aufgehoben.

Am wenigsten ist die behauptete Aenderung der Gesetzgebung aus den §§. 7 flgde. der Prozeßordnung nachzuweisen, welche für die bürgerlichen Rechtssachen nach ihren verschiedenen subjectiven Beziehungen verschiedene Gerichtsstände und das Verhältniß der Competenz zwischen den verschiedenen Gerichten unter sich feststellen, aber nicht die Grenzen zwischen Rechts- und Verwaltungssachen bestimmen.

Wenn ferner zur Begründung der Competenz der Verwaltungsbehörden darauf hingewiesen wird, daß es sich um einen unter Leitung und mit Genehmigung der zuständigen Verwaltungsbehörden zwischen den berechtigten Gemeinden abgeschlossenen Vertrag handelt, bei dessen Abschluß diese nicht blos als Inhaberinnen von Vermögensrechten, sondern auch als mit öffentlichen Berechtigungen ausgestattete Corporationen in Betracht kommen, so erscheint dies unerheblich, da aus solcher Mitwirkung der Verwaltungsbehörden, wenn dieselbe auch zur Rechtsgültigkeit und Perfection des Vertrags erforderlich war, keineswegs folgt, daß bei einem Streit über die Auslegung des einmal perfect gewordenen, die Gemeinden gleich anderen Personen verpflichtenden Vertrags die Verwaltungsbehörden die Rechtsbeständigkeit desselben wieder

in Zweifel ziehen, und die nach civilrechtlichen Normen zu gebende Entscheidung für sich reclamiren können.

Was endlich die Verfügung des großh. Staatsministeriums vom 5. Juni 1823 anbelangt, auf welche die Verwaltungsbehörden früher in ihren Entscheidungsgründen zu den fraglichen Erkenntnissen ihre Zuständigkeit in formeller Weise gestützt hatten, so kann solche hier nicht maaßgebend erachtet werden, da sie in einer anderen Sache zwischen anderen Betheiligten — zwischen mehreren Gemeinden der ehemaligen Landvogtei Ortenau gegenüber der vormals staufenbergischen Gemeinde Durbach — hinsichtlich der Uebergriffe dieser Gemeinde und der Bitte jener Gemeinden um Einverleibung ihrer Waldantheile in ihre eigene Gemarkungen ergangen ist, und damit jedenfalls die Aufhebung der durch die Verordnung von 1815 begründeten Competenz der Gerichte nicht beabsichtigt gewesen sein kann.

Aus diesen Gründen sind die Erkenntnisse der großh. Kreisregierung und des großh. Ministeriums des Innern in einer den Gerichten zugewiesenen Sache ohne Zuständigkeit erlassen und in Folge des erregten Conflikts aufzuheben.

Hingegen ist kein Grund vorhanden, dem Antrag der Verwaltungsbehörden auf Aufhebung des richterlichen Urtheils des Bezirksamts Oberkirch Statt zu geben, welches auf den Grund des hofgerichtlichen Urtheils von 1831 den von der Gemeinde Zusenhofen abermals geltend gemachten Befreiungstitel aus dem Vertrag von 1805 wieder verworfen hat, wobei dasselbe, wie früher das Hofgericht, ohne ein Entscheidungsrecht über das Bestehen und die Größe der Gemeindelast anzusprechen, den Betrag der Umlageschuld nur deßhalb in sein Erkenntniß aufgenommen hat, weil solche zwischen den Betheiligten unbestritten war.

Dr. Puchelt.

III.

Der Verrechner einer katholischen Lokal- oder Distriktsstiftung, welcher ein Capital derselben auf Nachhypothek ausleiht, ist deßfalls der Stiftung selbst dann haftbar, wenn er vom Stiftungsvorstande zu dieser Darleihe ermächtigt worden sein sollte.

Nach den im Aufsatze III. der No. 46 dieser Blätter vom Jahr 1855 mitgetheilten Entscheidungsgründen zum hofgerichtlichen Urtheile J. S. des Kirchenfonds Heidenhofen gegen Kirchenfondsverrechner Ignaz Wiesendorfer von da, wegen Forderung, wurde Kläger mit seiner Schadensersatzklage abgewiesen, weil angenommen worden ist, der Stiftungsvorstand habe entweder dem Verrechner den Auftrag zur Anlegung des Capitals auf Nachhypothek gegeben, oder doch die Genehmigung hiezu nachträglich ertheilt.

Meiner Ansicht nach ist nun aber ein solcher Auftrag oder gar eine solche nachträgliche Genehmigung des Stiftungsvorstandes keineswegs geeignet, einem Stiftungsrechner die Verantwortlichkeit für von ihm gemachte Darleihen auf Nachhypothek gegenüber der Stiftung zu entbinden; bei der Wichtigkeit der Sache für die Stiftungen sei es mir vergönnt, meine Ansicht nachstehend zu begründen:

1) Die auch in No. 46 der Annalen vom vorigen Jahre erwähnte, im Regierungsblatt No. 13 von 1807 verkündete Verordnung vom 15. April, betreffend das Ausleihen von Heiligen-Capitalien, hat folgenden wörtlichen Inhalt:

„Die Untersuchung des Heiligen-Vermögens bei geschiedenen katholischen Gemeinden hat gezeigt, daß mehrere Capitalien auf Handschriften und Nachhypotheken ausgeliehen seien; die Heiligenpfleger und Kirchenvorstände werden auf dieses gesetzwidrige Verfahren aufmerksam gemacht, und wird die Verordnung hiemit erneuert — kein Geld auf Handschriften oder Nachhypotheken künftig auszuleihen, und jene Capitalien, wofür nur Handschriften und Nachhypotheken ausgestellt sind, bei ihrer eigenen Verantwortlichkeit sogleich aufzukünden oder auf erste gerichtliche Sicherheit verlegen zu lassen."

2) Dieses den Heiligenpflegern und Kirchenvorständen besonders eingeschärfte allgemeine und unbedingte Verbot des Ausleihens von Stiftungsgeldern auf andre als erste Hypothek ist durch die über Verwaltung und Rechnungserledigung der katholischen Lokal- und Distriktsstiftungen ergangene Instructiv-Verordnung vom 21. November 1820 (Regierungsblatt No. 1 von 1827) nicht nur nicht aufgehoben, sondern ausdrücklich bestätigt worden. Abgesehen nämlich davon, daß im Eingange der letzteren Verordnung gesagt ist, daß die frühern Vorschriften, insoweit sie hier, d. h. in der neuen Verordnung, keine Abänderung erleiden, in Kraft bleiben, und daß die In-

struktiv-Verordnung zwar die Genehmigung von Kapitalanlagen lediglich in den Geschäftskreis der neu geschaffenen Stiftungsvorstände zog, dagegen durchaus nichts an dem bestehenden Verbote der Darleihen auf Nachhypothek änderte, ist letzteres durch Ziff. 9 der „Uebersicht dessen, was bei Prüfung der Stiftungs-Obligationen zu beobachten ist," wiederholt worden.

3) Wenn nun aber, obwohl das Ausleihen der Stiftungsgelder verordnungsgemäß zu den Rechten und Pflichten der Stiftungsvorstände, als allgemein hiezu Bevollmächtigte, gehört, nichts destoweniger ein Stiftungsrechner solche Kapitalien ausleiht, so erscheint er, wenn er aus Auftrag des Stiftungsvorstandes handelte, als dessen Stellvertreter, als Aftergewalthaber der Stiftung. Fehlt es an einem solchen Auftrage und hat der Stiftungsrechner eigenmächtig etwas gethan, was dem Stiftungsvorstande oblag und zustand, hat er somit „eine in sich erlaubte Unternehmung als unberechtigte Person verrichtet," so liegt in dieser Handlung eine unrechte That, welche den Handelnden zum Ersatze alles, auch unabsichtlich der Stiftung verursachten Schadens verbindet. L.R.S. 1382, 1382a Abs. 2, 1382c. *)

4) Ueberschreitet ein Stiftungsrechner seinen Geschäftskreis dagegen in solchem Maaße, daß er ein Kapital des Fonds auf Nachhypothek hingibt, so vollführt er, der überhaupt die Stiftungsgelder nicht ausleihen soll, auch ein an sich verbotenes Unternehmen, eine unrechte That im Sinne des ersten Absatzes des L.R.S. 1382a. Seine Ersatzpflicht beruht also in diesem Falle auf doppeltem Grunde.

Daß ein vorausgehender Auftrag oder eine nachfolgende Genehmigung von Seiten des Stiftungsvorstandes nicht im Stande sei, einen auf Nachhypothek ausleihenden Stiftungsverrechner seiner Verantwortlichkeit gegenüber der Stiftung zu entbinden, wird klar sein, wenn man sich daran erinnert, daß — nach dem, was oben unter 1 und 2 gesagt wurde — dem Stiftungsvorstande selbst das Contrahiren solcher Darleihen aufs Bestimmteste untersagt ist. Was aber der Stiftungsvorstand selbst nicht thun darf, wie sollte er dasselbe einem Dritten gültig auftragen dürfen, oder wie sollte dieser Dritte wegen des erhaltenen Auftrags seiner Schadensersatzpflicht der Stiftung gegenüber entledigt werden?

Wenn demnach eine Stiftung dadurch in Schaden gekommen ist, daß ihr Verrechner ein Kapital derselben aus Auftrag oder mit nachfolgender Ermächtigung des Stiftungsvorstandes auf Nachhypothek auslieh, so wird dieselbe im ersteren wie im letzteren Falle für berechtigt zu erachten sein, sich hierwegen an den Verrechner selbst zu halten; sie wird aber im ersten, und nach Umständen, auch im zweiten Falle ihre Ersatzansprüche auch gegen die betreffenden Stiftungsvorstandsmitglieder geltend machen, und zwar von jeder dieser Personen, die vorsätzlich handelten, den Ersatz des ganzen Schadens (nach L.R.S. 1382 d) verlangen dürfen. *)

M.

IV.

1) Ist die Mutter eines, von seinem Vater anerkannten, natürlichen Kindes legitimirt, gegen den Letzteren Namens desselben auf Alimente zu klagen?

2) Kann sich der anerkennende Vater von der Zahlung eines Ernährungsbeitrags dadurch frei machen, daß er sich erbietet, das natürliche Kind zu sich zu nehmen und zu erziehen?

---

*) Unter dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung dürfte ein solches Darleihen nicht betrachtet werden können, eben weil der Rechner etwas ihm Unerlaubtes thut, zum juristischen Begriff der Geschäftsführung aber eine unerlaubte Handlung erfordert wird. L.R.S. 1371, Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts, 3. Auflage B. 2 §. 140. D. Eins.

*) Es sei mir gestattet noch einige Worte über die Beweisfrage hier beizufügen. Pflichtet man der von mir entwickelten Ansicht bei, so ist die Behauptung des wegen Darleihens auf Nachhypothek belangten Stiftungsrechners, als sei er dazu vom Stiftungsvorstande ermächtigt worden, jedenfalls unerheblich und darf zum Beweise nicht ausgesetzt werden, wenn der Rechner vorsätzlich handelte. Wenn dagegen — abgesehen von unerlaubten Kapitalanlagen dieser Art — ein Stiftungsverrechner von der Stiftung deßhalb belangt wird, weil ihr aus einem von ihm bewirkten Darleihen Schaden zuging, so hat die Klägerin — eben weil die Kapitalanlagen, nach bestehenden Verordnungen, nicht zur Geschäftssphäre des Rechners gehören, nur zu behaupten, und erforderlichen Falls zu erweisen, daß er das Darleihen gemacht habe; wird dieses vom Rechner zugegeben, aber entgegengehalten, daß er hiezu vom Stiftungsvorstande ermächtigt gewesen sei, so ist es, im Falle Letzteres widersprochen wird, sodann Sache des Beklagten, diese selbstständige Behauptung, diese wahre Einrede zur richterlichen Ueberzeugung zu bringen. D. Eins.

3) Ist eine Anforderung von Alimenten für die Vergangenheit zulässig, oder hat die Mutter durch Ernährung des Kindes eine natürliche Verbindlichkeit erfüllt, wofür ihr ein Ersatzanspruch nicht zusteht?

Annalen von 1843 S. 148 und von 1844 S. 103.

(Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 16. November v. J. i. S. Hall gegen Allgeier.)

Gestützt auf ein freiwilliges Geständniß des Beklagten verlangte die Klägerin mit einer am 14. Oktober 1854 eingereichten Klage, daß der Beklagte als Vater ihres am 11. November 1842 außerehlich geborenen Kindes erklärt und zur Bezahlung eines Ernährungsbeitrags von wöchentlich 30 kr. für Vergangenheit und Zukunft bis zum zurückgelegten 14. Lebensjahre des Kindes verurtheilt werde. Da der Beklagte alle Klagbehauptungen zugestand, so erging Urtheil, welches jedoch nur dem ersten Gesuche entsprach und das zweite mit Stillschweigen überging, weßhalb die Klägerin einen Ergänzungsantrag stellte. Darauf erklärte der Beklagte, daß das Anerkenntniß der Vaterschaft inzwischen bereits in das Geburtsbuch eingetragen worden sei, und er die Zahlung eines Ernährungsbeitrags verweigere, vielmehr kraft väterlichen Rechts das Kind zu sich verlange, um es auf seine Kosten zu erziehen, worauf jedoch die Klägerin nicht eingehen wollte.

Ueber die Verhältnisse beider Theile ergab sich aus den Verhandlungen, daß die klagende Mutter als Magd bei fremden Leuten dient, und daß der Beklagte mit einer andern Frau verehelicht ist, und mehrere eheliche Kinder hat.

Der Unterrichter wies das Begehren auf Alimente ab, das Hofgericht aber verurtheilte den Beklagten zur Zahlung des begehrten Beitrags von 30 kr. wöchentlich und zwar vom Tage der Geburt des Kindes an bis zum zurückgelegten 14. Lebensjahr desselben.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Wenn auch dem anerkennenden natürlichen Vater einzelne Rechte der väterlichen Gewalt über das Kind erwachsen sind (L.R.S. 158. 184. 383), so hat derselbe dennoch nicht alle Rechte und in dem Umfange erhalten, wie er solche über seine ehelichen Kinder hat, oder durch Ehelichmachung (L.R.S. 331) über das natürliche Kind erlangt haben würde (L.R.S. 371 ff), und ebensowenig hat durch die Anerkennung von Seiten des Vaters die Vormundschaft aufgehört, welche der Klägerin als Mutter bisher gesetzlich zustund. L.R.S. 393a. Mit Unrecht hat daher der Unterrichter die Klage, welche er selbst als ursprünglich wohl begründet (L.R.S. 340a, Reg.-Bl. 1809 No. 27, 1812 No. 21. I. Einf.-Ed. §. X.) erachtet, wegen der im Laufe der gerichtlichen Verhandlung erfolgten Anerkennung des Kindes von Seiten des natürlichen Vaters (L.R.S. 334) nachträglich abgewiesen.

Die Ersatzforderung der Mutter für die Vergangenheit wurde als zulässig angesehen, weil dieselbe durch bisherige Ernährung des Kindes dem Beklagten die schuldige Auslage erspart hat, wofür sie billigerweise einigen Ersatz ansprechen darf*). L.R.S. 1372 ff. 1437.

Das Erbieten des Beklagten, das Kind in alleinige Verpflegung zu sich zu nehmen, kann denselben beim Widerstreben der Mutter, welche über das Wohl des Kindes zu wachen hat, nicht von der Zahlung des künftigen Ernährungsbeitrags befreien, denn es handelt sich für ihn nicht sowohl um die Uebernahme einer Pflicht, deren Erfüllung ihm nur theilweise in Gemeinschaft mit der Mutter obliegt, und ebensowenig um die bessere Verpflegung des Kindes, welche er bisher sorglos der Mutter überließ, sondern vielmehr um die Unterschiebung einer Naturalleistung an die Stelle der vom Gesetze allgemein festgesetzten Geldrente (L.R.S. 208, Reg.-Bl. 1809 No. 27 §. 7), welche in einem nicht übermäßigen Betrage, wenn man die Preise aller Lebensbedürfnisse des Kindes in Anschlag bringt, begehrt ist, und wogegen keinerlei Einwendungen, sowenig als gegen die bisherige Versorgung des Kindes, vorgetragen sind.

Aus diesen Gründen &c. &c.

P.

---

*) Hiermit war die Minderheit nicht einverstanden, welche vielmehr der Ansicht huldigte, daß die Mutter durch Ernährung des Kindes eine natürliche Verbindlichkeit erfülle, wie ja hinsichtlich der nicht anerkannten unehelichen Kinder der Vater sogar nur im Falle der Unvermöglichkeit der Mutter einen Ernährungsbeitrag leisten müsse (Reg.-Bl. 1851 S. 173 §. 2), und daß ihr daher eine Ersatzforderung für die Vergangenheit nicht zustehe, und namentlich dann nicht, wenn sie ohne ihre Auslagen zu spezificiren, eine Aversalsumme anspricht, wie es die Klägerin that. Höchstens in dem Falle wollte die Minderheit eine solche Ersatzforderung der Mutter anerkennen, wenn diese wegen des zur Ernährung des Kindes nothwendigen Aufwands Schulden contrahirt hat, und den Vater auf verhältnißmäßige Uebernahme derselben belangt.

D. C.

V.

Ueber das Verhältniß des Bürgen zu den gegen den Hauptschuldner ergangenen Urtheilen und zu den zwischen dem Gläubiger und Hauptschuldner gepflogenen Abrechnungen.

Entscheidungsgründe
zum hofgerichtl. Urtheil vom 9. Februar 1855, No. 673
In Sachen Weil gegen Lehmann.

Nachdem der kläger'sche Rechtsvorfahrer längere Jahre mit dem Vater des gegenwärtig beklagten Bürgen eine Anzahl Verträge, Anleihen, Viehkäufe rc. rc. abgeschlossen, auch wegen seiner hieraus erwachsenen Forderung unterm 23. Jänner 1849 ein gerichtliches s. g. Liquiderkenntniß erwirkt hatte, wurden jene Geschäfte fortgesetzt und unterm 29. Oktober 1849 eine Abrechnung in öffentlicher Urkunde gepflogen, worin der Hauptschuldner anerkannte, „auf zurückerhaltene drei Handschriften und aus Viehkauf und zwar nach Abzug baar in zweimalen daran bezahlten 107 fl. pr. Rest die Summe von 1443 fl. 3 kr. schuldig verblieben zu sein, und zugleich versprach, diese Summe nebst Zins à 5 pCt. vom 1. November 1849 in den 4 Jahresterminen Martini 1850/53 zu je ¼ abzutragen.

Der Gläubiger erwirkte nicht nur in Gemäßheit dieser Uebereinkunft unterm 29. Dezember 1849 weiteres Liquiderkenntniß für 642 fl., sondern auch schon unterm 5. November 1849 die Bürgschaft des gegenwärtig beklagten Sohnes des Hauptschuldners für die gesammte Abrechnungsschuld von 1443 fl. 3 kr. und hiernach unterm 12. Juli 1851 ein weiteres Liquiderkenntniß für 1000 fl. —

Nachdem die Forderung des Gläubigers in solcher Weise gegen den Hauptschuldner bis zum Betrag von 2219 fl. neben den Zinsen hieraus, gerichtlich richtig gestellt worden ist, kann der Bürge nicht die rechtliche Existenz der Forderung aufs Neue beanstanden und nochmalige Richtigstellung verlangen. Da es vielmehr in Gemäßheit der übernommenen Bürgschaft nunmehr eintretenden Falles seine Pflicht ist, an der Stelle des erfolglos ausgeklagten Hauptschuldners die Zahlung zu leisten, soweit er nicht etwaige, seit jener Richtigstellung erfolgte Zahlung zu begründen vermag. L.R.S. 2011 vrgl. 2036.

Wäre auch die gerichtliche Richtigstellung der Schuld, wie bemerkt, noch nicht geschehen, so könnten gleichwohl der Hauptschuldner und der Bürge, Angesichts des Inhalts der Abrechnungsurkunde vom 29. Oktober 1849 nicht verlangen, daß der Gläubiger alle jener mündlich gepflogenen und im Wesentlichen schriftlich beurkundeten Abrechnung zum Grunde liegenden ursprünglichen Schuldurkunden zur Prüfung vorlege, da der Hauptschuldner selbst einzelne davon zurück erhalten hat, mithin solche seinerseits vorzulegen hätte, und da die Urkunde vom 29. Oktober 1849 zu dem Endzweck gefertigt worden zu sein scheint, die Stelle der ursprünglichen Titel zu ersetzen und zu bereinigen, wogegen dem Schuldner und Bürgen ihrerseits eine Begründung und Nachweisung der etwa unterlaufenen Irrthümer vorbehalten bliebe.

Das Vorbringen des beklagten Bürgen, daß weitere Abrechnung von Zahlungen des Hauptschuldners vorbehalten worden seie, ohne diese einzelne Zahlungen zu begründen, ist nicht nur zu allgemein, sondern steht auch, insoweit dabei eine Beweislosigkeit der Abrechnungsurkunde bis zur angedeuteten (wann stattzufindenden?) weitern Abrechnung unterstellt wird, mit dem Inhalte der Abrechnungsurkunde vom 29. Oktober 1849, dem hierin abgelegten umständlichen Geständniß und bestimmten Zahlungsversprechen geradezu im Widerspruch, daher in keinem Falle der Beklagte beschwert erscheint, wenn der Unterrichter der Klägerin über jenen angeblichen Vorbehalt in Ermangelung aller sonstigen Beweismittel einen Eid auferlegt hat. L.R.S. 1341. 1360a. 1337. 1354.

Die vom Beklagten allgemein, ohne Bezeichnung der Beweisstellen angerufenen Untersuchungsakten des klägerschen Rechtsvorfahrers, welcher im Laufe der Untersuchung starb, enthalten keinen Beweis eines Betrugs oder Wuchers, wodurch der obige Urkundenbeweis vernichtet würde (L.R.S. 1131. 2012), und ebensowenig findet sich davon eine Spur in den gerichtlichen Betreibungsakten des Hauptschuldners, welcher als übler Haushälter ohne eigene Aufzeichnungen sich dem Zureden eines gewandten Nothhändlers blindlings ergeben zu haben scheint, gleich wie auch der Beklagte leichtsinnig eine Bürgschaft übernahm, deren rechtliche Folgen er durch vage Widersprüche und Beschuldigungen abwenden möchte.

Endlich ist der Beklagte auch nicht, bezüglich der Eidesauflage an die Klägerin über die in deren Contocurrent nicht enthaltenen angeblichen weitern Zahlungen des Hauptschuldners beschwert, da er dafür einen andern Beweis nicht entfernt beizubringen vermochte.

Wie darnach das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises das amtliche Urtheil bestätigte, so erfolgte auch und zwar unter Adoption der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe, ein bestätigendes Urtheil des großh. Oberhofgerichts. X.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 6.

I.

Zur Lehre vom falschen Zeugnisse in Strafsachen.

Der §. 487 des St.G.B. hat schon in zwei Fällen Anlaß zu umfassenderen Erörterungen vor dem Schwurgerichte des Unterrheinkreises gegeben. Im ersten dieser Fälle, welcher auch zum obersten Gerichtshofe gelangte und bezüglich dessen sich eine ausführlichere Mittheilung in No. 42, Jahrgang XXI. der Annalen befindet, hatte ein gewisser Franz Michael Müller von Gözingen, Amts Buchen, auf geleisteten Zeugeneid hin versichert, er sei von vier, ihm unbekannten Männern, beraubt worden, während eine solche Beraubung in der That niemals stattgefunden hatte und Müllers Angabe dessem späteren eigenem Bekenntnisse zufolge falsch war. Der zweite der erwähnten Fälle ist erst vor Kurzem in No. 49. Jahrg. XXII. der Annalen besprochen worden. Die thatsächliche Seite dieses Falles ist an dem oben angeführten Orte durch Mittheilung eines Theiles der Anklageschrift der Hauptsache nach dargestellt. Zu vervollständigen ist diese Darstellung jedoch dahin, daß, wenn auch Florian Dörr des Verbrechens der Widersetzlichkeit freigesprochen wurde, derselbe doch wegen des Vorfalles, auf welchen die Anschuldigung der Widersetzlichkeit gegründet war, der Insubordination unter mildernden Umständen für schuldig erklärt, und hierwegen in Betracht dieser Umstände zu gemildeter Strafe, nemlich zu 14 tägiger Dunkelarreststrafe verurtheilt wurde, während das regelmäßige Strafminimum für Insubordination in dreimonatlicher Militärarbeitsstrafe besteht. Die mildernden Umstände wurden, wie ferner zu bemerken ist, von der Militärbehörde gerade darin gefunden, daß die fraglichen Verhaftungen, weil ein unsittliches Verhältniß zwischen Florian Dörr und Clara Segner nitgends nachgewiesen gewesen, als ungerechtfertigt erschienen seien. Vrgl. §. 617 des St.G.B. Für Beurtheilung der Frage, ob ein unsittliches Verhältniß zwischen den beiden eben genannten Personen stattgehabt habe oder nicht, war nun aber gerade, wie aus der Mittheilung in No. 49, Jahrg. XXII. des Näheren erhellt, das Zeugniß des Johann Lösel und der Albertine Pfeiffer von Gewicht. In dieser Anschauungsweise mußten denn auch, wie es in der That geschah, von den Geschworenen die an dieselben gerichteten Fragen II. u. IV. bejaht werden. Soviel über das Factische des zweiten der beiden erwähnten Fälle.

Der erste dieser Fälle gelangte, wie der Mittheilung in No. 42, Jahrg XXI zu entnehmen ist, nach ergriffener Nichtigkeitsbeschwerde zum höchsten Gerichtshofe, welcher bei dessen Entscheidung folgende gewichtige Aussprüche that:

> „Der §. 487 des St.G.B. unterscheidet allerdings, ob das Verbrechen des falschen Zeugnisses in Strafsachen zum Vortheile oder Nachtheile des Angeschuldigten verübt wurde, und macht hievon die Bemessung der Strafe abhängig; allein diese Bestimmung bezieht sich lediglich auf die objektive Bedeutung der Aussage, nicht aber auf den Erfolg derselben oder auf den Zweck des Thäters, d. h. sie ist nur in dem Sinne aufzufassen, daß zwischen der Aussage einer Anschuldigungsthatsache und der Aussage einer Entschuldigungsthatsache unterschieden werden soll, indem die Aussage einer Anschuldigungsthatsache identisch ist mit einer solchen, die zum Nachtheil des Angeschuldigten verübt wird, es mag nun dieser schon vorhanden, oder erst noch aufzusuchen sein — und so umgekehrt bei Entschuldigungsthatsachen,"

und

> „ist aber hiedurch weder die wirkliche Benachtheiligung einer bestimmten Person, noch

der Zweck des Thäters, einer bestimmten Person zu nützen oder zu schaden, ein Erforderniß des Thatbestands; so kann der Ausdruck des §. 487 „zum Nachtheil des Angeschuldigten" auch nicht dahin verstanden werden, daß ein bestimmter Angeschuldigter vorhanden sein müsse.

Wir glaubten uns bei der Art der Begründung der eben mitgetheilten Aussprüche des höchsten Gerichtshofes zu der Hoffnung berechtigt, es würden diese Aussprüche im Stande sein, die über den Sinn des §. 487 des St.G.B. bestehenden Zweifel zu bannen, und der oberhofgerichtlichen Ansicht, welche uns stets als die allein richtige erschien, auf die Dauer den Sieg zu verschaffen. Ein Andres versehen wir nun aus dem rechtlichen Theile der Mittheilung in No. 49, Jahrg. XXII dieser Blätter. Dort sind nemlich Ansichten vorgetragen, die mit der vorhin dargelegten oberhofgerichtlichen Ansicht insoferne im Widerspruche stehen, als sie zum Verbrechen des §. 487 des St.G.B. außer der beschworenen falschen Aussage über Belastungs- und Entlastungsthatsachen weiter Momente verlangen, wie die Absicht des falschen Zeugen, eine bestimmte Person durch das falsche Zeugniß in Nachtheil zu bringen, oder einen wirklich eingetretenen oder doch wenigstens möglichen und als möglich vom falschen Zeugen vorauszusehenden nachtheiligen Erfolg des falschen Zeugnisses.

Es sei uns vergönnt, ehe wir zur Widerlegung der für die eben erwähnten Ansichten neuerdings geltend gemachten Gründe übergehen, hier kurz diejenigen Momente aufzuführen, die unseres Erachtens mit vollster Entschiedenheit dafür sprechen, daß zum Thatbestande des im §. 487 des St.G.B. bedrohten Verbrechens lediglich ein im Strafverfahren auf den Zeugeneid hin wissentlich falsch abgelegtes Zeugniß verlangt wird, daß die Frage, unter welche der in den Ziffern 1 und 2 des §. 487 (ausschließlich um der Strafausmessung willen aufgestellten) Cathegorieen der concrete Fall zu subsumiren sei, nur davon abhänge, ob eine Entlastungsthatsache oder eine Belastungsthatsache falsch bezeugt worden, und daß es folgeweise auf die Absicht des falschen Zeugen, auf den Erfolg des falschen Zeugnisses, sowie auf die Frage, ob dieser Erfolg vorauszusehen gewesen wäre oder nicht, in keiner Weise ankommt.

Es gab in früherer Zeit auf dem Gebiete des gemeinen deutschen Strafrechts Schriftsteller, welche — offenbar von dem Wunsche beseelt, Meineidige von der barbarischen Strafe des Art. 107 der P.G.O. zu befreien — die Behauptung aufstellten, zum vollendeten Meineide gehöre das Eingetretensein einer durch den Meineid hervorgerufenen schädlichen Wirkung. Andre gemeinrechtliche Schriftsteller verlangten zum Thatbestande des Meineides die Absicht, Jemanden zu schaden. Alle diese Ansichten sind — und zwar gewiß sehr mit Recht — von der neueren Wissenschaft als völlig unhaltbar verworfen worden. Wächter, Lehrb. des Strafrechts II. §. 185. S. 257. Tittmann, Handbuch der Strafrechtsw. II. §. 376, Note a Roßhirt, Lehrb. des Criminalr. §. 107 S. 210. Feuerbach, p. R. 14. Aufl. §. 420 III. und Note VI. von Mittermaier, Marezoll, Criminalrecht 2. Aufl. §. 170 S. 568 Note 2. Wir sagten soeben, daß die erwähnten Ansichten mit Recht verworfen worden seien und stützen diese Behauptung darauf, daß man zur Zeit der P.G.O. den Meineid als ein Verbrechen wider die Religion ansah, und daß diesem Gesichtspunkte zufolge das Verbrechen des Meineids ausschließlich und allein in der Uebertretung der Eidespflicht gefunden werden müßte.

Hat sich nun auch im Laufe der Zeiten der Gesichtspunkt, unter welchem das fragliche Verbrechen von der Gesetzgebung betrachtet wurde, geändert; so ist doch stets der Satz stehen geblieben, daß der Meineid wegen der dadurch begangenen Verletzung der durch den Eid übernommenen Verpflichtung, nicht aber wegen des durch den falschen Schwur beabsichtigten oder angerichteten Schadens bestraft wird. Der von der neueren Gesetzgebung in der Lehre vom Meineide eingenommene Standpunkt, welcher dahin geht, in dem Meineide eine gemeingefährliche Verletzung der öffentlichen Treue zu finden, führt in der fraglichen Beziehung zu demselben Ergebnisse, wie die dem älteren Rechte einwohnende Anschauungsweise. In der Uebertretung der Eidespflicht liegt, ohne daß es eines Weiteren bedarf, die strafwürdige Verletzung der öffentlichen Treue. Mit Recht sagt daher Häberlin, Grundsätze des Criminalr. nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern IV. S. 296, indem er die Grundsätze dieser Gesetzbücher über den Meineid darlegt:

„Ob durch den Meineid der eigene Vortheil oder der Nachtheil eines Andern beabsichtigt wurde, ist in Beziehung auf den Thatbestand gleichgültig, und deßhalb gehört auch zur Consumation desselben keine Art von Erfolg."

Von dieser Anschauungsweise geht auch das bei Häberlin noch nicht erwähnte preuß. St.G.B. vom Jahre 1851 im §. 126 aus, und ihr huldigt auch der Code pénal im Art. 361, indem er sagt: Quiconque sera coupable de faux témoignage en matière criminelle, soit contre l'accusé, soit en sa faveur, sera puni de la peine des travaux forcés à temps. Wir glaubten diese Stelle des C. p. wörtlich anführen zu sollen, weil wir uns der Vermuthung nicht erwehren konnten, daß die Fassung derselben zur Fassung des §. 487 unseres St.G.B. Anlaß gegeben habe. Wir werden in dieser Vermuthung dadurch bestärkt, daß auch noch andere Bestimmungen des 34. Titels unseres St.G.B. (von dem Meineide u. s. w.) dem Titel des C. p. über faux temoignage (worunter das französische Recht laut C. p. Art. 366 merkwürdiger Weise auch das Falschschwören eines zugeschobenen Eides in Civilsachen rechnet) entnommen sein dürften.

Darüber, daß man bei Abfassung unseres St.G.B. in der Lehre vom Meineide und falschen Zeugnisse von den bisher besprochenen Ansichten des gemeinen deutschen Rechts und der auswärtigen Gesetzgebungen abgehen wollte, finden wir in den Vorarbeiten zu unserem Gesetzbuche keine Spur. Es zeigen im Gegentheile die im Jahre 1839 herausgegebenen Motive der Regierung, die den Kammern erstatteten Commissionsberichte und die Diskussionen der Kammern selbst, daß man stets von der Anschauungsweise ausging, der Meineid und das falsche Zeugniß seien als Angriffe auf die Heiligkeit des Eides zu bestrafen.

Verhandlungen der II. Kammer 1839/40 IV. Beil. H. S. 148 — 151. VII. Beil. H. 5. Bericht S. 47 — 54.

Verhandlungen der I. Kammer von 1841/42 Protokollheft S. 371 — 392 Beilagen-Heft I. S. 286. 287.

Klar spricht der §. 487 schon seinem Wortlaute nach die Absicht aus, bezüglich des Thatbestandes des Verbrechens des falschen Zeugnisses in Strafsachen nichts davon abhängen zu lassen, ob das Zeugniß zum Zwecke der Begünstigung oder der Benachtheiligung einer bestimmten Person abgelegt worden sei, und ob dasselbe wirklich zum Vortheile oder zum Nachtheile einer bestimmten Person gereicht habe oder nicht. Es sagt nemlich die angeführte Gesetzesstelle in ihrem Eingange mit Rückbezug auf den §. 486, „solches Verbrechen (d. h. das Verbrechen des falschen Zeugnisses und des falschen Gutachtens) im Strafverfahren", soll bestraft werden, wie folgt, und gibt durch diese Ausdrucksweise auf das Deutlichste zu erkennen, daß sie das falsche Zeugniß unbedingt, d. h. selbst abgesehen davon, ob dasselbe „zu Gunsten" oder „zum Nachtheile eines Angeschuldigten" abgelegt worden sei, für ein Verbrechen erachte. Es wäre in der That auch unbegreiflich, daß, während laut §. 486 ein jedes falsche Zeugniß in bürgerlichen Rechtssachen und Verwaltungssachen gleich einem Meineide (St.G.B. §. 484) bestraft werden soll, das falsche Zeugniß in Strafsachen nur in einzelnen Fällen, und zwar nicht um der Verletzung der Eidespflicht, sondern um anderer Rücksichten willen, bestraft werden sollte. Sehr treffend bemerken die in No. 42, Jahrg. XXI. mitgetheilten oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe, es könne sicherlich nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber das falsche Zeugniß im Strafprozesse habe privilegiren wollen.

Hätte der Gesetzgeber im §. 487 mit den Worten „zum Nachtheile des Angeschuldigten" ausdrücken wollen, daß der falsche Zeuge in der Absicht, den Angeschuldigten zu benachtheiligen, gehandelt haben müsse, was hätte ihn gehindert, die angeführten Worte des §. 487 etwa durch die Worte „in der Absicht, den Angeschuldigten zu benachtheiligen" zu ersetzen? Dieser Grund dürfte um so schlagender sein, als sich das Gesetzbuch sonst einer deutlichen Sprache erfreut. Wollte man aber dennoch in den Worten „zum Nachtheile des Angeschuldigten" lediglich eine verfehlte Redeweise finden, die doppelter Deutung fähig sei; so kann man doch sicherlich eine solche Redeweise in den weiteren Worten des §. 487, Ziff. 2:

„und wenn deßhalb der Angeschuldigte, der keine oder nur eine geringere Strafe verschuldet, zum Tode verurtheilt wurde, mit Zuchthaus bis zu 15 Jahren"

nicht finden. Hier ist eben lediglich in der deutlichsten Weise das erhöhte Strafmaaß von der Thatsache, daß der Angeschuldigte zum Tode verurtheilt wurde, keineswegs aber von der Absicht des Thäters die Verurtheilung zum Tode bewirken zu wollen, abhängig gemacht.

Für unsere Ansicht läßt sich auch — und gewiß mit entscheidendem Gewichte — die Fassung des §. 489 anführen. Dort ist nemlich für einen bestimmten Fall die Absicht des falschen Zeugen, einen gewissen Erfolg herbei-

zuführen, besonders verlangt. Wie konnte nun, fragen wir, der Gesetzgeber in §. 489 für einen einzigen Fall das Erforderniß einer bestimmten Absicht aufstellen, wenn er schon in dem allgemeinen §. 487 davon ausging, daß die Absicht des falschen Zeugen, nicht aber die objektive Natur des falschen Zeugnisses entscheide? Vergl. 676 des St.G.B.

Daß das Eingetretensein eines bestimmten Erfolges zur Anwendbarkeit des §. 487 nicht erfordert werde, ergibt sich schon mit solcher Bestimmtheit aus den §§. 495. 496, daß wir die übrigen für diese Annahme sprechenden Gründe übergehen zu dürfen glauben.

Nicht zu übersehen ist auch, daß man, wenn man um die Ziff. 2 des §. 487 anzuwenden, eine Absicht zu benachtheiligen, oder einen nachtheiligen Erfolg verlangen wollte, consequenter Weise auch zur Anwendung der Z. 1 des gedachten §. die Absicht, den Angeschuldigten zu begünstigen, oder einen, diesem günstigen, Erfolg fordern müßte. Wir haben aber bei den zahlreichen Anwendungen des §. 487 Ziff. 1, die in der gerichtlichen Praxis vorkommen, noch niemals wahrgenommen, daß man, wenn ein zu Gunsten eines Angeschuldigten sprechendes falsches Zeugniß factisch vorlag, auch noch darnach gefragt hätte, ob denn auch der falsche Zeuge die Absicht, den Angeschuldigten zu begünstigen, gehabt habe, oder ob ein dem Angeschuldigten günstiger Erfolg wirklich eingetreten sei. Vergl. §. 675 des St.G.B.

Wollte man zur Anwendung der Ziff. 1 und 2 des §. 487 jeweils die Absicht der Begünstigung oder der Benachtheiligung, beziehungsweise einen günstigen oder nachtheiligen Erfolg verlangen, so wäre nicht abzusehen, unter welches Strafgesetz diejenigen Fälle falschen Zeugnisses, in denen eine Absicht oder ein Erfolg nicht vorliegen, und die doch nach der obigen Darlegung unmöglich straflos bleiben können, fallen sollten. Wir glauben nicht, daß sich ein Rechtsgelehrter dazu werde entschließen können, bei Ziff. 2 des §. 487 den Beweis einer Absicht, zu benachtheiligen, beziehungsweise eines nachtheiligen Erfolgs zu verlangen, bei Ziff. 1 des gedachten §. aber — ohne daß der Gesetzgeber in den fraglichen Beziehungen auch nur den leisesten Unterschied zwischen Ziff. 2 und 1 gemacht hat — von dem Erfordernisse einer Absicht, zu begünstigen, beziehungsweise einem günstigen Erfolge abzusehen, und nun nicht nur die Fälle, in welchen lediglich die Thatsache eines zu Gunsten eines Angeschuldigten lautenden falschen Zeugnisses vorliegt, sondern auch die Fälle, in denen die Thatsache eines dem Angeschuldigten nachtheiligen falschen Zeugnisses vorliegt, unter die Ziff. 1 des §. 487 zu stellen. Der Rechtsgelehrte, der dies wagen würde, hätte für die verschiedenartige Behandlung der Worte „zu Gunsten" und „zum Nachtheile" den Vorwurf starker Inconsequenz, dafür aber, daß er falsche Zeugnisse über Belastungsmomente unter Ziff. 1 des §. 487 stellte, den Vorwurf offener Nichtachtung des Gesetzes zu gewärtigen.

Alle diese Klippen können nur dadurch vermieden werden, daß man die Ausdrücke „zu Gunsten" und „zum Nachtheile" rein objektiv auffaßt, von jeglichem günstigen oder nachtheiligen Erfolge gänzlich absieht, und in den Z. 1 und 2 des §. 487 lediglich Strafausmessungsgründe findet. Vergl. Häberlin a. a. O.

Wir wenden uns nun zur Beleuchtung der in No. 49 Jahrg. XXII zur Bekämpfung der von uns vertheidigten Ansicht vorgebrachten Gründe.

Daß nach §. 487 die Absicht beim falschen Zeugnisse entscheidend sei, will aus dem Inhalte mehrerer Stellen der Regierungsmotive zu dem im Jahre 1839 den Kammern vorgelegten Entwurfe unseres Strafgesetzbuches und des auf dem Landtage der Jahre 1839/40 in der zweiten Kammer erstatteten Commissionsberichts abgeleitet werden. Ist es nun an und für sich schon eine sehr mißliche Sache, aus alleinstehenden Aeußerungen in Vorarbeiten zu einem Gesetze Schlüsse ziehen zu wollen, ist dieses um so mißlicher, wenn das Ergebniß der Schlüsse mit dem Geiste des Gesetzes in Widerspruch steht; so wird sich für den vorliegenden Fall überdies, wie wir glauben, leicht ergeben, daß jene Aeußerungen theils anders zu verstehen sind, als sie in No. 42 gedeutet werden, theils zur Entscheidung der uns beschäftigenden Fragen gar nicht dienen können.

Wenn in den Motiven der Regierung zu den §§. 445 bis 447 des Entwurfs — §§. 487 bis 489 des St.G.B. — (Verhandlung der II. Kammer 1839. IV. Beil.-Heft. S. 149) der „möglichen Motive" der falschen Zeugen gedacht wird, so folgt daraus mehr nicht, als daß die Wahrscheinlichkeit besserer Motive in dem einen, die Wahrscheinlichkeit schlechterer Motive in dem andern Falle den **Gesetzgeber** dazu veranlaßt haben mochte, verschiedene Cathegorien der Strafbarkeit aufzustellen. Daß diese Cathegorien nicht nach den Beweggründen des Thäters geschieden werden konnten, folgt aus dem im §. 74 des St.G.B. sanctionirten Grundsatze.

Hat nun aber der Gesetzgeber die Strafcathegorien nach objectiven Merkmalen festgestellt, wie es dem Obigen zufolge geschah, so kommt es offenbar dem Richter nicht zu, unter Beiseitsetzung des objectiven Maaßstabes die Beweggründe des Thäters in den Vordergrund treten zu lassen.

Es können Fälle eintreten, in welchen durchaus unverwerfliche Motive zum Zeugniß gegen einen Angeschuldigten, dagegen schlechthin verwerfliche Motive zum Zeugnisse für den Angeschuldigten bewogen haben mögen. Sicherlich kann aber, wenn solche Fälle vorkommen, der Richter nicht um der Beweggründe des Thäters halber das Gesetz beugen. Abgesehen hievon findet sich in der vorhin angeführten Stelle der Regierungsmotive neben der Betrachtung über den Einfluß der vermuthlichen Beweggründe der falschen Zeugen auf die gesetzlichen Strafbestimmungen noch eine Betrachtung, welcher lediglich der objective Standpunkt zu Grunde liegt. Es heißt nemlich dort, die Strafe des zu Gunsten eines Angeschuldigten lautenden falschen Zeugnisses könne verhältnißmäßig mild sein, „weil die Gesellschaft die ihr zugefügte Verletzung weniger empfinde" — mit andern Worten — weil das falsche Zeugniß zu Gunsten eines Angeschuldigten weniger gefährlich sei, als das zum Nachtheile eines Angeschuldigten abgelegte. Es ist also selbst in der mehrerwähnten Stelle der Regierungsmotive keineswegs der subjective Standpunkt rein festgehalten. Aus denselben Gründen, die in erster Reihe der Erheblichkeit der bisher besprochenen Stelle der Regierungsmotive für unsre Frage entgegengehalten wurden, kann auch der in No. 49 Jahrgang XXII. gegen unsre Ansicht angerufenen Stelle aus Aschbach's Commissionsbericht zu den §§. 445—447 des Entwurfs (Verhandlungen der II. Kammer 1839/40, VII. Beil.-Heft, 9. Bericht S. 49) kein Gewicht beigelegt werden.

Wenn man sich in No. 49 ferner auf eine Stelle in den Regierungsmotiven zu §. 448 des Entwurfes — §. 490 des St.G.B. — (s. d. angeführten K.V. IV. Beil.-Heft S. 149) und auf eine weitere Stelle aus Aschbachs erwähntem Commissionsberichte (S. 49. 50) beruft, und geltend macht, daß, weil in diesen beiden Stellen der Absicht des falschen Zeugen Gewicht beigelegt sei, nun auch auf dem Gebiete des §. 487 des St.G.B. diese Absicht als entscheidend betrachtet werden müsse; so ist hiegegen in Erwägung zu ziehen, daß die eben angeführten Stellen der Regierungsmotive und des Commissionsberichts eben nicht den §. 487, sondern den §. 490 des St.G.B. besprechen, und daß die letztere Gesetzesstelle den Fall der Unerheblichkeit des falschen Zeugnisses im Auge hat, welcher von den Fällen der §§. 486. 487 wesentlich verschieden ist. Es kann füglich als gleichgültig betrachtet werden, daß das Gesetz (gegen den Wortlaut des Regierungsentwurfs und offenbar ohne genügende Gründe, s. hierüber Aschbachs Commissionsbericht S. 50) die Unerheblichkeit des falschen Zeugnisses als Milderungsgrund bezeichnet; wesentlich ist aber, daß das Gesetz den Fall der Unerheblichkeit in einer eigenen Strafsatzung bespricht und demselben einen eigenen Strafrahmen, nemlich von 6 Monaten Arbeitshaus bis zu $2^2/_3$ Jahren Zuchthaus anweiset. Das Gesetz stellt eben für das unerhebliche falsche Zeugniß eine besondere Strafcathegorie auf, wie dies z. B. auch im §. 426 bezüglich der Fälschung öffentlicher Urkunden für Fälle minderen Belangs geschieht. Es ist bei dieser Sachlage keineswegs nothwendig, einen jeden Fall unerheblichen falschen Zeugnisses unter eine der Ziff. 1 und 2 des §. 487 zu stellen und darnach mit Rücksicht auf §. 490 die Strafe zu bemessen. Letztere Gesetzesstelle gestattet ja unbedingt in allen Fällen bei vorliegender Unerheblichkeit bis zum Strafminimum von 6 Monaten Arbeitshaus herabzugehen. Gewiß entspricht aber die Ansicht, daß der §. 490 in der dargelegten Weise vom §. 487 zu trennen sei, sehr der Natur der Sache. Da, wenn auch eine jede erhebliche Thatsache entweder eine Belastungs- oder eine Entlastungsthatsache bildet, diese Eintheilung doch nicht schlechthin auf unerhebliche Thatsachen angewendet werden kann. Als sehr natürlich erscheint es dagegen sicherlich, bei Fällen unerheblichen falschen Zeugnisses zu untersuchen, ob der falsche Zeuge die Absicht, einen Angeschuldigten zu benachtheiligen oder zu begünstigen, hatte, und, wenn die erstere Absicht dargethan werden kann, die Strafe unter Zugrundlegung der Ziff. 2 des §. 487 zu bemessen; wenn dagegen die letztere Absicht vorliegt, bei der Strafausmessung von der Strafbestimmung der Z. 1 des §. 487 auszugehen.

Von selbst wird es sich ergeben, daß man in Fällen, in denen eine Absicht, zum Nachtheile des Angeschuldigten auszusagen, nicht nachweisbar ist, mildere Strafe wird eintreten lassen, als in Fällen, in denen jene Absicht nachgewiesen werden kann. Kraft der Schlußbestimmung des §. 490 („und bis auf Arbeitshaus

herabsinken kann“) dürfte dann in Fällen der erstern Art leicht ein der Ziff. 1 des §. 487 entsprechendes Strafmaas zu Tage treten, *keineswegs* aber um *deßwillen* weil in allen Fällen *unerheblichen* falschen Zeugnisses, in denen die Absicht zu benachtheiligen, nicht erwiesen werden kann, die Absicht zu begünstigen unterstellt werden müßte. — Die bisher dargelegte Anschauungsweise dürfte, wie wir glauben, den Schlüssel zum Verständnisse der oben angeführten Stellen der Regierungsmotive und des Aschbach'schen Commissionsberichts, sowie des §. 490 selbst geben, und zugleich zeigen, wie aus jenen Stellen in Verbindung mit dem §. 490 *nichts* gegen unsre Ansicht abgeleitet werden kann. Geradezu entgegentreten müssen wir übrigens noch der im letzten Absatze der mehrerwähnten Stelle des Aschbach'schen Commissionsberichts (zu §. 490) ausgesprochenen Ansicht, daß der §. 490 keine selbstständige Strafsatzung enthalte, sondern nur mit steter Rücksicht auf die Strafcathegorien der Ziffer 1 und 2 des §. 487 zur Anwendung zu bringen sei. Wenn es nemlich in §. 490 heißt, die bei Unerheblichkeit des falschen Zeugnisses zu erkennende Strafe könne nie ein Drittheil „*des höchsten Maaßes*“ der in den §§. 486. 487 gedrohten Strafen übersteigen, so will dies eben nur sagen, daß jene Strafe nie $2\,^2/_3$ Jahre Zuchthaus übersteigen könne. Daß „*das höchste Maaß*“ der im §. 487 gedrohten Strafe *soviel*, wie eben angegeben wurde, beträgt, und daß dieser §. nicht etwa *drei höchste Maaße* der Strafe bestimmt, wird sich nicht wohl bestreiten lassen.

Neben der *Absicht*, die der falsche Zeuge haben müsse, gedenkt der Aufsatz in No. 42 auch noch des *Erfolges* des falschen Zeugnisses.

Einen *eingetretenen* Erfolg verlangt er nicht. Dagegen soll es nöthig sein, daß ein schlimmer Erfolg des falschen Zeugnisses *möglich* sei, und daß diese *Möglichkeit* von den falschen Zeugen *vorausgesehen werden könne*. Daß der *mögliche*, aber *nicht vorauszusehende* Erfolg genüge, scheint vom Verfasser des Aufsatzes nicht angenommen werden zu wollen (S. 386), wogegen der Schwurgerichtshof, welcher über den dem Aufsatze zu Grunde liegenden speciellen Fall verbeschied, dieser Ansicht gefolgt sein dürfte (S. 388. 389.) Soll damit, daß die Möglichkeit eines dem Angeschuldigten *günstigen* oder *nachtheiligen* Erfolges vorhanden sein müsse, nichts Anderes gesagt werden, als daß es sich bei Anwendung des §. 487 um *Entlastungs-* oder *Belastungs*thatsachen handle; so stimmen wir mit dem Verlangen einer solchen Möglichkeit des Erfolges überein, und unterlassen es deßhalb das Erforderniß des „*möglichen Erfolges*“ weiter zu besprechen. Was aber das angebliche Erforderniß der *Voraussehbarkeit* des möglichen Erfolgs betrifft, so müssen wir uns mit Entschiedenheit *gegen* die deßfallsigen Ansichtsäußerungen in No. 49 erklären. Der Aufsatz in No. 49 sagt: „daß der (nicht eingetretene) *Erfolg* sträflich ist, *wenn sein Eintritt auch nur als möglich vorauszusehen war, ergibt sich von selbst*,“ sowie, „*die vorauszusehende* Möglichkeit eines nachtheiligen Erfolgs sei Grund zur Erkennung der härteren Strafe“ (§. 487 Z. 2), und führt zur Begründung dieser Sätze die §§. 98. 100. 101. 103 des St.G.B. an. Es können nun aber diese Sätze weder aus den eben genannten Gesetzesstellen abgeleitet werden, noch sind sie überhaupt richtig. Anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen und der Natur der Sache zufolge kann der *Möglichkeit* der *Voraussicht* eines gewissen *Erfolges* nur auf dem Gebiete der *culposen* Verbrechen irgend ein Einfluß zukommen. Bei *dolosen* Verbrechen genügt diese Möglichkeit nicht. *Sie* verlangen stets einen auf die Begehung des Verbrechens gerichteten Willen (Vorsatz). Feuerbach a. a. O. §§. 54. 55. Marezoll a. a. O. §. 32 S. 104. Heffter, Lehrbuch des Strafrechts V. Aufl. §. 65. 66 S. 58. Da aber bekannter Dinge bei culposen Verbrechen nur der *eingetretene Erfolg* bestraft wird, da — mit andern Worten — bei solchen Verbrechen ein *Versuch* nicht denkbar ist; so kann, wie sich leicht ergibt, nur dann die Möglichkeit, einen gewissen Erfolg vorauszusehen, Bedeutung erlangen, wenn dieser Erfolg wirklich eingetreten ist. Die bloße Möglichkeit, einen Erfolg vorauszusehen, kann, solange dieser Erfolg *nicht* eingetreten ist, nach richtigen Begriffen *niemals* gestraft werden. Auf sie kann daher *keineswegs* in der Weise, wie dies im Aufsatze No. 49 geschieht, gebaut werden. Wollte man in der That die Voraussehbarkeit des nachtheiligen Erfolges des falschen Zeugnisses als ein Erforderniß des Thatbestands des Verbrechens des falschen Zeugnisses ansehen, so würde man sich auf den Standpunkt der Lehre von der culpa dolo determinata (St.G.B. §. 103) zu stellen haben, und sagen müssen, der falsche Zeuge habe, insoweit er auf Eid hin wissentlich eine falsche Angabe gemacht, dolo gehandelt, insoweit er aber durch diese

Aussage einen gewissen schädlichen Erfolg herbeigeführt habe, den er hatte voraussehen können, habe er sich in culpa befunden. Eine solche Anschauungsweise, welche indessen — wie wir wohl zu bemerken bitten — stets einen eingetretenen Erfolg voraussetzen würde, entspricht nun aber sicherlich den Gesetzen nicht. Wir glauben nicht, daß das St.G.B. beim falschen Zeugnisse die sehr ferne liegenden Sätze von der culpa dolo determinata in Anwendung zu bringen gedachte. Diejenigen Gesetzesstellen, welche zur Begründung einer ausnahmsweisen höheren Bestrafung des falschen Zeugnisses einen gewissen Erfolg verlangen — nemlich die §§. 487 Z. 2 (am Schlusse) 488. 489 des St.G.B. — erwähnen mit keiner Silbe des Umstandes, daß es dem falschen Zeugen möglich gewesen sein müsse, jenen Erfolg vorauszusehen. Nach dem Bisherigen bedarf es einer besondern Ausführung darüber, warum die von der einfachen culpa und von der culpa dolo determinata sprechenden §§. 101. 103 des St.G.B. unmöglich in den den Gegenstand dieser Zeilen bildenden Fragen als entscheidend angesehen werden können, nicht mehr. Was die §§. 98. 100. betrifft, so beziehen sie sich nur auf dolose Verbrechen und erwähnen deßhalb der Möglichkeit, einen verbrecherischen Erfolg vorauszusehen, in keiner Weise.

Aus der bisherigen Darstellung wird sich der Hauptsache nach ergeben, in welcher Weise nach unserer Ansicht der in No. 49 mitgetheilte Fall zu behandeln gewesen wäre. Wir unterlassen es, die oben gewonnenen Resultate auf diesen Fall des Näheren anzuwenden. Nur derjenigen Ansicht glauben wir noch insbesondere gedenken zu sollen, welche der Mittheilung in No. 49 zufolge das „Hauptgewicht" auf die Absicht des Zeugen legte. Sie entspricht, wie wir nachgewiesen zu haben glauben, dem Gesetze in keiner Weise, und führt, wie uns scheint, zu Folgerungen, welche den von unserer Gesetzgebung in der Lehre vom Meineide und falschen Zeugnisse festgehaltenen Gesichtspunkten durchaus widersprechen. Der höchste Gerichtshof hatte keine Veranlassung, sich über den in No. 49 dargestellten Fall auszusprechen, da die Verurtheilten auf das eingewendete Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde verzichteten.

II.

Cassationsfall.*)

Von der fahrlässigen, durch vorsätzliche Mißhandlung verursachten Tödtung.

1) Diejenigen Angeklagten, welche durch den Wahrspruch der Geschworenen nur der Theilnahme an der Verabredung über auszuführende Mißhandlungen ohne Rücksicht auf eine bestimmte Person für schuldig erklärt sind, können in dem Falle, wenn Jemand durch andere Theilnehmer an der Verabredung erschlagen worden ist, nicht wegen Theilnahme an der Verabredung zur Ausführung der fahrlässigen durch vorsätzliche Körperverletzung verursachten Tödtung verurtheilt werden, es sei denn, daß nach dem Ausspruch der Geschworenen der tödtliche Erfolg vorher zu sehen gewesen wäre.

2) Liegt aber bezüglich der Voraussicht kein Wahrspruch vor, so ist dieselbe nicht als festgestellt zu betrachten.

Annalen XXI. 334.

In der Nacht vom 12. August 1855 wurde der ledige Johann Häß in der Dorfstraße zu Meißenheim durch Prügelschläge auf den Kopf so schwer verwundet, daß er augenblicklich das Bewußtsein verlor und nach wenigen Stunden den Geist aufgab.

Durch Erkenntniß der großh. Anklagekammer vom 17. Novbr. 1855 sind sodann

> Christ. Lohrer und Gg. Zimmermann wegen fahrlässiger durch vorsätzliche Körperverletzung verursachter Tödtung des J. Häß, deren Eintritt sie als sehr wahrscheinliche Folge ihrer Mißhandlung vorher sehen konnten;
>
> J. Schlenker, A. Schäfer, J. Kern und Fr. Welker aber wegen Theilnahme an jener Tödtung, da sie sich zur Mitwirkung bei der Mißhandlung, bei welcher jene Tödtung erfolgte, durch ihre Anwesenheit bereit gezeigt haben, wobei sie jedoch eine Tödtung als sehr unwahrscheinliches Ergebniß der Mißhandlung betrachten konnten;

zur Aburtheilung vor das Schwurgericht des Mittelrheinkreises verwiesen worden.

Die Anklageschrift —, in Uebereinstimmung mit dem Verweisungserkenntnisse — beschuldigt die 4 minder beschwerten Inculpaten gleichfalls

> der Theilnahme an dem Verbrechen der Tödtung, wobei sie indessen den eingetretenen Tod allerdings als das sehr unwahrscheinliche Ergebniß der Mißhandlung betrachten konnten.

Durch den Wahrspruch der Geschworenen ist nun festgestellt,

Zur Frage 2:

> daß die 6 Angeklagten am 12. August 1855 Abends in Meißenheim über auszuführende Mißhandlungen ohne bestimmte persönliche Richtung sich verabredet, sodann zu dem Zwecke der Aus-

*) Die Nichtigkeitsbeschwerde, wovon in No. 49 S. 389 des vorigen Jahrgangs dieser Blätter vorläufige Erwähnung geschah, ist wegen Verzichts nicht zur Ausführung und Entscheidung gekommen.

führung der getroffenen Verabredung — mit Ausnahme Schäfers — sich mit Prügeln versehen und von dem A m e l e'schen Hause aus die Straßen durchzogen haben.

Zur Frage 11 bis 14:

daß die 4 minderbeschwerten Inculpaten nicht schuldig sind, in Folge der getroffenen Verabredung (Frage 2) durch ihre Gegenwart sich zur Mitwirkung bei der Mißhandlung des Johann Häß bereit gezeigt zu haben. *)

Zur Frage 5 und 9:

daß Lohrer und Zimmermann den Erfolg ihrer Handlungen als deren blos wahrscheinliche Folge vorhersehen konnten.

Ob und mit welchem Grade von Wahrscheinlichkeit die 4 minder beschwerten Angeklagten den tödtlichen Erfolg vorher zu sehen im Stande waren, darüber wurde keine Frage an die Geschworenen gerichtet.

Gleichwohl nahm der Schwurgerichtshof, indem er durch Urtheil vom 18. Dezbr. 1855 die beiden Hauptangeklagten der fahrlässigen durch vorsätzliche Körperverletzung verursachten Tödtung des J. Häß und die vier anderen der Theilnahme an der Verabredung zur Ausführung dieses Verbrechens für schuldig erklärte, sofort den Welker und Kern zu 1½ jährigem, den Schlenker zu 1 jährigem Arbeitshaus und den Schäfer zu drei monatlichem Kreisgefängniß nebst mehrfachen Schärfungen verurtheilte — in den Entscheidungsgründen unter Bezug auf das Verweisungserkenntniß und die Anklage als hergestellt an, d a ß d i e 4 T h e i l n e h m e r d e n e i n g e t r e t e n e n t ö d t l i c h e n E r f o l g n u r a l s s e h r u n w a h r s c h e i n l i c h e F o l g e d e s v e r a b r e d e t e n V e r b r e c h e n s v o r h e r s e h e n k o n n t e n.

Gegen obiges Urtheil haben die 4 Theilnehmer die Cassation ergriffen und als Beschwerdegrund die Thatsache geltend gemacht, daß der erkennende Richter das Gesetz unrichtig ausgelegt oder unrichtig auf die durch den Ausspruch der Geschworenen festgestellten Thatsachen (Einf.-Ges. §. 115. I 3.) angewendet habe.

Die Unrichtigkeit in dem schwurgerichtlichen Erkenntniß wollte darin gefunden werden, daß die Cassationskläger nicht w e g e n u n b e e n d i g t e n V e r s u c h s d e r M i ß h a n d l u n g eines Menschen (St.G.B. §. 128), sondern wegen Theilnahme an der Verabredung zur Ausführung d e s Verbrechens, dessen die Hauptangeklagten für schuldig befunden wurden, nemlich der fahrlässigen durch vorsätzliche Körperverletzung herbeigeführten Tödtung gestraft worden seien. Gebeten wurde, abändernd zu erkennen:

daß kein Grund zur Fällung eines gerichtlichen Erkenntnisses vorliege;

eventuell

daß die 4 Cassationskläger nur wegen der Verabredung zur Mißhandlung einer unbestimmten Person schuldig zu erklären, und deßhalb wegen nicht beendigten Versuchs der Mißhandlung mit einer Amtsgefängnißstrafe von kurzer Dauer zu belegen seien ꝛc.

Hierauf wurde nach mündlicher Schlußverhandlung, am 9. Februar l. J. von dem Cassationshofe in der H a u p t s a c h e ein f r e i s p r e c h e n d e s Erkenntniß gegeben und das schwurgerichtliche Urtheil nur hinsichtlich der U n t e r s u c h u n g s k o s t e n aufrecht erhalten.

Entscheidungsgründe.

Die Cassationskläger sind allerdings dadurch beschwert, daß sie von dem Schwurgerichtshof der Theilnahme an der Verabredung zur Ausführung des Verbrechens der fahrlässigen, durch vorsätzliche Körperverletzung verursachten Tödtung für schuldig erklärt wurden.

Das schwurgerichtliche Erkenntniß würde nemlich im Hinblick auf §. 241 des St.G.B. nur dann gerechtfertigt sein, wenn der tödtliche Erfolg, wie er wirklich eingetreten, von den Cassationsklägern vorher zu sehen gewesen wäre.

Diese Möglichkeit der Voraussicht ist jedoch, da sich die Fragen 5 und 9 mit den entsprechenden Antworten der Geschworenen nur auf die Hauptangeklagten L o h r e r und Z i m m e r m a n n beziehen, gegen die Cassationskläger in Ermanglung eines deßfallsigen Wahrspruchs thatsächlich nicht festgestellt.

Ueberhaupt liegt den Cassationsklägern nach Maßgabe der von den Geschworenen auf die Frage 2 ertheilten Antwort nur so viel zur Last, daß sie sich o h n e B e z u g a u f i r g e n d e i n e b e s t i m m t e P e r s o n über auszuführende M i ß h a n d l u n g e n verabredet und zu diesem Zwecke — in der Mehrzahl mit Prügeln versehen — die Dorfstraßen durchzogen haben, ohne bei der Mißhandlung des J. Häß mitzuwirken.

Es ist demnach unrichtig, wenn die Cassationskläger der Theilnahme an der Verabredung z u r f a h r l ä s s i g e n d u r c h v o r s ä t z l i c h e K ö r p e r v e r l e t z u n g v e r u r s a c h t e n T ö d t u n g d e s J. Häß für schuldig erkannt wurden, und folglich die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, zufolge §. 115. I. 3. des Einf.-Ges. vom 5 Februar 1851, rechtlich begründet, indem sich die Cassationskläger nach dem Obigen blos eines die öffentliche Sicherheit gefährdenden Straßenunfugs schuldig gemacht haben, welcher der p o l i z e i l i c h e n Ahndung anheim fällt.

Nichts desto weniger ist den Cassationsklägern in Anwendung der §§. 353 und 355 der St.Pr.O. mit vollem Rechte ein Theil der Untersuchungskosten zugewiesen worden, wobei es sein Verbleiben hat.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 117 No. 3 des Einf.-Ges. von 1851 mußte, wie geschehen, erkannt werden.

D. R.

*) Vergl. St.G.B. §. 125, welcher „von der verbrecherischen Verbindung" handelt

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. **Jahrgang XXIII.** **No. 7.**

I.

Cassationsfall.

Zur Lehre von der Urkundenfälschung.

In den §§. 423. 425. 429. 430. 433. 434 des bad. St.G.B., welche von den verschiedenen Arten des Verbrechens der Urkundenfälschung handeln, ist ausgesprochen, daß derjenige des eben erwähnten Verbrechens schuldig werde, welcher zu den in den angeführten §§. bezeichneten Zwecken falsche Urkunden fertige, oder ächte Urkunden verfälsche, und davon, als von ächten zu den gedachten Zwecken Gebrauch mache. Der die Fälschung von Staatspapieren besprechende §. 435 des St.G.B. macht von dem Erforderniße des Gebrauchs der falschen oder verfälschten Urkunden eine Ausnahme, indem er das fragliche Verbrechen schon in der Fertigung falscher, beziehungsweise in der Verfälschung ächter Staatspapiere findet. Doch macht dieser §. im Einklange mit den von der Münzfälschung und der Fälschung von Papiergeld handelnden Gesetzen (§§. 510. 517. 522 des St.G.B.) von dem Umstande, daß die falschen oder verfälschten Staatspapiere ausgegeben worden, die höhere Strafbarkeit des Verbrechens abhängig. In dem blosen Gebrauche falscher oder verfälschter Urkunden (einschließlich der Staatspapiere) findet das Gesetz (§. 436 des St.G.B.), sofern der Gebrauch wissentlich und im Einverständnisse mit dem Urheber der Fälschung geschieht, ein mit der Fertigung falscher beziehungsweise Verfälschung ächter Urkunden auf gleicher Stufe der Strafbarkeit stehendes Verbrechen. Findet der wissentliche Gebrauch falscher oder verfälschter Urkunden ohne Einverständniß mit dem Urheber der Fälschung statt, so erkennt das Gesetz (§.437 des St.G.B.) in ihm ein Verbrechen von geringerer Strafbarkeit.

Die Frage, ob — abgesehen von Staatspapieren — die blose Fertigung falscher, beziehungsweise Verfälschung ächter Urkunden stets als völlig straflos erscheine, oder doch als Versuch des Verbrechens der Urkundenfälschung bestraft werden könne, kam in letzterer Zeit gelegentlich eines interessanten Rechtsfalles vor dem höchsten Gerichtshofe zur Sprache.

Peter Feger von Petersthal gab den beiden Brüdern Peter und Michael Keßler von da im Herbste 1850 mehrere Darleihen im Gesammtbetrage von 1400 fl. und forderte mit Klage vom 28. März 1851 unter dem Anerkenntnisse, daß ein Theil der genannten Summe bereits abgetragen sei, die Rückzahlung eines Restbetrages von 623 fl. 15 kr. Die Beklagten erhoben gegen diese Anforderung keine Einwendungen, so daß gegen sie am 17. Mai 1851 ein dem Klagantrage entsprechendes Urtheil zu Gunsten Fegers erging.

Feger schuldete dem Michael Braun von Petersthal die Summe von 800 fl. nebst 5 pCt. Zinsen vom 15. August 1848 an. Braun belangte nun mit Klage vom 3. April 1851 den Feger auf Zahlung der schuldigen Summe mit Zinsen, und sah sich auch in Betracht der schlimmen Vermögensverhältnisse Fegers veranlaßt, am 5. Juli 1851 zu seiner Sicherung einen Arrest auf das Guthaben Fegers an die Brüder Keßler zu beantragen. Dieser Arrest wurde auch am 5 Juli 1851 erkannt, und durch unterrichterliches Urtheil vom 23. Juli 1851 sowie durch hofgerichtliches Urtheil vom 27. September 1851 bestätigt. Die Klage Brauns gegen Feger auf Zahlung der erwähnten 800 fl. nebst Zinsen hatte des Widerspruchs des Beklagten unerachtet, die Folge, daß letzterer durch das unterrichterliche Urtheil vom 21. Januar 1852 und das hofgerichtliche Urtheil vom 27. September 1852 den Anträgen des Klägers gemäß verurtheilt wurde.

Nun traten die Tochter Fegers, Maria Anna und

deren Ehemann, Uhrmacher Schirrmann in Offenburg, mit zwei Klagen auf, von denen die eine gegen Michael Braun, die andere gegen die Brüder Keßler gerichtet wurde. Beide Klagen stützen sich darauf, daß die Darleihen, welche Feger den Brüdern Keßler gegeben habe, von demselben während der Minderjährigkeit seiner Tochter Maria Anna aus deren Vermögen genommen worden, und daß daher diese Tochter, beziehungsweise deren Ehemann zur Rückforderung jener Darleihen berechtigt seien. Durch die Klage gegen die beiden Keßler sollte diese Rückforderung ins Werk gesetzt, durch die Klage gegen Braun der zu dessen Gunsten angelegte Arrest beseitigt werden.

Nachdem sowohl von Braun, als den Brüdern Keßler dem Forderungsrechte der Schirrmanns Eheleute Widerspruch entgegengesetzt worden war, wurde sich von dem Anwalte dieser Eheleute nicht nur dem Braun, sondern auch den beiden Keßler gegenüber auf zwei Urkunden folgenden Inhalts berufen:

„Wir unterschriebene Peter und Michael Keßler, beide Bürger und Bauern von Peterstthal, bekennen anmit, daß uns Peter Feger von hier aus dem Vermögen der M. A. Feger Sechs hundert Gulden baar vorgeliehen hat, welches wir versprechen innerhalb zwei Monaten wieder redlich zurückzuzahlen, nebst den üblichen Zinsen.

Peterstthal, 13. Oktober 1850.

Peter Keßler.
Michael Keßler."

„Wir unterschriebene Peter und Michael Keßler, Bürger und Bauern von Peterstthal, bekennen anmit, daß uns Peter Feger von hier aus dem Vermögen der M. A. Feger Acht hundert Gulden baar vorgeliehen, welches wir versprechen, von heute an innerhalb zwei Monaten redlich nebst den landesüblichen Zinsen wieder zurückzuzahlen; auch haftet einer für den andern für redliche Zahlung.

Peterstthal, 24. November 1850.

Peter Keßler.
Michael Keßler.

Diese Urkunden wurden nun in dem Streite gegen Braun, wie in dem gegen Peter und Michael Keßler Seitens der Beklagten als falsch angefochten und zwar um deßwillen, weil die ächten Urkunden die Worte „aus dem Vermögen der M. A. Feger" nicht enthalten hätten. Der Text der ächten Urkunde war von Peter Feger geschrieben gewesen. Dasselbe war anerkanntermaßen auch hinsichtlich der angeblich falschen Urkunden der Fall. In letzteren sollten die Unterschriften „Peter Keßler, Michael Keßler" in täuschender Weise gefälscht sein.

Die Klagen der Schirrmann'schen Eheleute wurden sowohl von dem betreffenden Untergerichte — dem großh. Bezirksamte Oberkirch — als auch von dem großh. Hofgerichte des Mittelrheinkreises zurückgewiesen, weil man die Anführung, daß die Darleihen aus dem Vermögen der Tochter Fegers gegeben worden seien, nicht für genügend erachtete, um das Seitens der Schirrmann'schen Eheleute nunmehr angesprochene Rückforderungsrecht zu begründen.

Das großh. Oberhofgericht fand jedoch in jener Anführung die Behauptung, daß Peter Feger die Darleihen in seiner Eigenschaft als Vormund seiner Tochter gemacht habe, und erkannte folgeweise der Tochter beziehungsweise deren Ehemanne das Recht zu, nach beendigter Vormundschaft die dargeliehenen Beträge zurückzufordern. Das großh. Oberhofgericht gab in dieser Anschauungsweise den klägerischen Eheleuten den Beweis auf, daß Peter Feger die fraglichen Darleihen wirklich aus dem Vermögen seiner Tochter gemacht habe. Zur Führung dieses Beweises berief man sich auf die vorhin ihrem ganzen Inhalte nach mitgetheilten Urkunden, und, um deren Aechtheit darzuthun, auf eine vorzunehmende Schriftvergleichung, sowie auf einen Zeugen, indem man sich zugleich Seitens der Ehefrau Schirrmann zur Leistung eines Erfüllungseids erbot. Der höchste Gerichtshof erkannte, nachdem die übrigen Aechtheitsbeweise erhoben worden waren, auf diesen Eid, welchen die Schirrmann'sche Ehefrau auch in der Formel:

„es ist wahr, daß die Urkunde vom 13. Oktober 1850 über ein Darlehen von 600 fl. und jene vom 24. November 1850 über ein weiteres Darlehen von 800 fl von Michael und Peter Keßler eigenhändig unterzeichnet worden sind,"

leistete. Die Verhandlung des Prozesses der Schirrmann'schen Eheleute gegen die beiden Keßler wurde bis zum Ausgange des Seitens dieser Eheleute gegen Braun geführten Streites ausgesetzt.

In Folge einer von Braun gemachten Anzeige leitete das großh. Bezirksamt Oberkirch gegen Peter Feger, die Schirrmann'schen Eheleute und Karl Stutz von Peters-

thal, welch letzterer die Aechtheit der fraglichen Urkunden als Zeuge bestätigt hatte, eine Criminaluntersuchung wegen Urkundenfälschung, Gebrauchs falscher Urkunden, Meineids und falschen Zeugnisses ein, welche folgendes Verweisungserkenntniß der Anklagekammer des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises zur Folge hatte:

Es sei gegen Peter Feger, die Schirrmann'schen Eheleute und Carl Stutz wegen der Anschuldigungen

a) daß Peter Feger in Verbindung und im Einverständnisse mit Wilhelm Schirrmann und dessen Ehefrau die Privaturkunde vom 13. Oktober 1850 über ein Darleben von 600 fl. und vom 24. November 1850 über ein solches von 800 fl., beide mit der Unterschrift des Peter Keßler und Michael Keßler als Schuldner, und vorliegend in den Akten des Amts Oberkirch J. S. der Uhrenmacher Schirrmanns Eheleute in Offenburg gegen Peter und Michael Keßler von Petersthal, wegen Forderung — Seite 30 und 32 — in gewinnsüchtiger Absicht fälschlich gefertigt;

b) daß die Wilhelm Schirrmann'schen Eheleute in Verbindung und im Einverständnisse mit deren Fertiger Peter Feger von diesen beiden falschen Urkunden in ihren Rechtsstreiten mit Peter und Michael Keßler, und mit Michael Braun von Petersthal in gewinnsüchtiger Absicht, resp. zur betrüglichen Begründung und beziehungsweise Entkräftung von Rechtsansprüchen im Betrage obiger Darlebenssummen und beziehungsweise von 800 fl. nebst Zinsen gegen Braun wissentlich Gebrauch gemacht haben;

c) daß die Wilhelm Schirrmanns Ehefrau in dem Rechtsstreite gegen Michael Braun in Petersthal den ihr durch Urtheil des großh. Oberhofgerichts vom 16. Februar 1855 No. 632 dahin auferlegten Eid:

„es ist wahr, daß die Urkunde vom 13. Oktober 1850 über ein Darlehen von 600 fl. und jene vom 24. Nov. 1850 über ein weiteres Darleben von 800 fl. von Michael und Peter Keßler eigenhändig unterzeichnet worden sind."

in der Tagfahrt vom 24. April 1855 vor dem Unterrichter — großh. Bezirksamte Oberkirch — wissentlich falsch ausgeschworen habe;

d) daß Carl Stutz — in den genannten Prozessen eidlich vor Gericht als Zeuge abgehört — die Aechtheit der Urkunde vom 24 November 1850 und ihrer Unterschriften wissentlich falsch bezeugt habe; endlich

e) daß sowohl die Schirrmann'sche Ehefrau zum Meineid als Carl Stutz zum falschen Zeugniß durch Peter Feger angestiftet worden sei;

Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden und werden

Peter Feger wegen Fälschung der beiden Privaturkunden vom 13. October und 24. November 1850 in Verbindung mit den Schirrmann'schen Eheleuten in gewinnsüchtiger Absicht, sowie wegen Anstiftung zum Meineid und falschen Zeugniß nach §§. 430. 423. 424 125 und 119. 484 und 486 des Str.G.B. und §. 41 Ziff. 43 und 30 des Einf.-Gesetzes,

Maria Anna Feger geehelichte Schirrmann wegen wissentlichen Gebrauchs dieser falschen Urkunden in gewinnsüchtiger Absicht im Einverständnisse und in Verbindung mit dem Verfertiger derselben und wegen Meineids nach §§. 125. 430. 436. 423 424. 484 des Str G.B. u. §. 41 Ziff. 43 und 30 des Einf. Gesetzes,

Uhrmacher Wilhelm Schirrmann wegen wissentlichen Gebrauchs derselben falschen Urkunden im Einverständnisse und in Verbindung mit dem Verfertiger in gewinnsüchtiger Absicht nach §§. 125. 430. 436. 423. 424 des Str.G.B. und §. 41. Ziff. 43 des Einf. Gesetzes, endlich

Carl Stutz wegen falschen Zeugnisses vor Gericht nach §. 486 des Str.G.B. und §. 41 Ziff. 30 des Einf.-Gesetzes im Hinblick auf §. 80 ibid.

vor das Schwurgericht des Mittelrheinkreises verwiesen.

In Uebereinstimmung mit diesem Verweisungserkenntnisse wurde die Anklageschrift gefertigt. Doch wurde in ihr noch eines selbstständigen Gebrauches gedacht, welchen Peter Feger von den angeblich falschen Urkunden gemacht hatte. Dem von ihm in der Voruntersuchung abgelegten Geständnisse zufolge hatte er nämlich diese Urkunden, deren Falschheit er indessen auf das Heftigste bestritt, mit Schreiben vom 11. Juni 1852 dem Anwalte der Schirrmann'schen Eheleute übersendet und hiedurch veranlaßt, daß jene Urkunden vor Gericht produzirt wurden. Ein Concept des eben erwähnten Schreibens vom 11. Juni 1852 fand sich unter Fegers Papieren.

In der schwurgerichtlichen Verhandlung wurden den Geschworenen bezüglich der in dem Verweisungserkenntnisse bezeichneten Anschuldigungen, soweit diese gegen Feger und die Ehefrau Schirrmann gingen, Fragen gestellt. Der Ehemann Schirrmann und Carl Stutz hatten sich der Untersuchung durch die Flucht entzogen und konnten daher nicht vor das Schwurgericht gestellt werden.

Diejenigen Fragen, welche die Urkundenfälschung betrafen, lauteten wie folgt:

Erste Frage:

Ist der angeklagte Taglöhner Peter Feger von Petersthal schuldig, in Verbindung und im Einverständnisse mit seiner Tochter Maria Anna, Ehefrau des Uhrmachers Wilhelm Schirrmann von Offenburg, die beiden in den Acten des großh. Bezirksamts Oberkirch J. S. der Uhrmacher Schirrmanns Eheleute in Offenburg, Kläger gegen Peter und Michael Keßler in Petersthal Beklagte wegen Forderung Seite 30 und 32 enthaltenen und gebrauchten Privatschuldurkunden lautend:

(siehe oben den Inhalt der Urkunden)

in gewinnsüchtiger Absicht zur betrüglichen Begründung eines Rechtsanspruchs der Schirrmann'schen Eheleute an Peter und Michael Keßler im Betrage von 1400 fl., beziehungsweise Entkräftung eines Rechtsanspruchs des Michael Braun von Petersthal an dieselben im Betrage von 623 fl. nebst Zinsen fälschlich gefertigt zu haben?

Zweite Frage:

Ist die Ehefrau des Uhrmacher Wilhelm Schirrmann von Offenburg, Maria Anna geborene Feger von Petersthal, schuldig, in Verbindung und im Einverständnisse mit dem Angeklagten Peter Feger, ihrem Vater und mit ihrem Ehemanne Wilhelm Schirrmann von den von Ersterem fälschlich gefertigten Privaturkunden vom 13. October und 24. November 1850 in ihren beiden Prozessen gegen Peter und Michael Keßler von Petersthal wegen Forderung und gegen Michael Braun von da wegen Aufhebung eines Arrests in gewinnsüchtiger Absicht zur betrüglichen Begründung eines Rechtsanspruchs an Peter und Michael Keßler im Betrage von 1400 fl., beziehungsweise Entkräftung eines Rechtsanspruchs des Michael Braun im Betrage von 623 fl. nebst Zinsen bei Gericht wissentlich Gebrauch gemacht zu haben?

Die Geschworenen ertheilten auf die erste Frage die Antwort:

„Ja, mit Ausnahme des Satzes: in Verbindung und im Einverständnisse mit seiner Tochter Maria Anna, Ehefrau des Uhrmachers Wilhelm Schirrmann von Offenburg, welche verneint wird,"

und verneinten die zweite Frage schlechthin. Letzteres thaten sie auch hinsichtlich aller übrigen an sie gestellten Fragen.

Der Schwurgerichtshof sprach darauf hin sowohl den Peter Feger, als die Schirrmann'sche Ehefrau von den gegen sie erhobenen Anschuldigungen frei, verurtheilte jedoch den erstern in Anwendung des §. 355 der St.P.O. zur Tragung der Kosten des Strafverfahrens.

Die diesem Spruche beigegebenen Entscheidungsgründe enthalten zuvörderst die Ergebnisse der Berathung der Geschworenen und fahren dann fort:

„In Erwägung, daß zwar bezüglich des Angeschuldigten Peter Feger die erste Frage bejaht, und derselbe somit schuldig ist, die fraglichen beiden Privaturkunden in gewinnsüchtiger Absicht zur betrüglichen Begründung und beziehungsweise Entkräftung von Rechtsansprüchen fälschlich gefertigt zu haben, daß dagegen verneint ist, es habe derselbe dabei im Einverständnisse und in Verbindung mit den Wilhelm Schirrmann'schen Eheleuten gehandelt, und daß ferner verneint ist, daß Letztere von jenen Urkunden in ihren Prozessen zu dem vorgesetzten Zwecke auch wirklich Gebrauch gemacht haben;

In Erwägung, daß es am Thatbestand der Urkundenfälschung fehlt, wenn von den gefälschten Urkunden nicht auch, als von ächten, zu dem beabsichtigten Zwecke Gebrauch gemacht worden ist; die bloße Ueberlassung der gefälschten Urkunden aber von Seiten des angeschuldigten Feger an die Schirrmann'schen Eheleute, welche einen solchen Gebrauch gemacht zu haben für nicht schuldig erklärt worden sind, noch keinen strafbaren Gebrauch der Urkunde zu dem vorgesetzten Zwecke enthält;

Nach Ansicht der §§. 423 und 430 des St.G.B., §. 105 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 und §. 355 der St.P.O. wegen der Kosten, indem der Angeschuldigte Feger die Verdachtsgründe, durch welche das gegen ihn eingeleitete Strafverfahren

veranlaßt wurde, jedenfalls durch rechtswidrige ihm zur Schuld zuzurechnende Handlungen selbst hervorvorgerufen hat, wurde erkannt, wie geschehen.“

Gegen das Urtheil des Schwurgerichtshofs legte der großh. Staatsanwalt am Hofgerichte des Mittelrheinkreises auf den Grund des §. 115 Ziff. II. das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde ein *). Er machte in erster Reihe geltend, daß, da die erste an die Geschworenen gerichtete Frage, welche die Worte „die beiden in den Acten des großh. Bezirksamtes Oberkirch J. S. der Uhrmacher Schirrmanns Eheleute in Offenburg, Kläger gegen Peter und Michael Keßler von Petersthal Beklagte, wegen Forderung, S. 30 und 32 enthaltenen und gebrauchten Privatschuldurkunden“ in sich fasse, in Bezug auf Feger bejaht worden sei, auch der Gebrauch der falschen Urkunden durch Feger als von den Geschworenen im Wahrspruche anerkannt gelten müsse, indem sich bei der Art des Inhalts der zweiten Frage, welche nur die Schirrmann'sche Ehefrau angehe, nicht anders annehmen lasse, als daß die Worte „gebrauchten Privatschuldurkunden“ auf den in der Anklageschrift ausdrücklich hervorgehobenen von Feger durch Uebersendung der Urkunden an den Anwalt gemachten selbstständigen Gebrauch zu beziehen seien. In zweiter Reihe machte der großh. Staatsanwalt geltend, daß, falls seine eben dargelegte Ansicht über die Auslegung der Worte „gebrauchten Privatschuldurkunden“ nicht als richtig angesehen werden wollte, doch ein strafbarer Versuch des Verbrechens der Urkundenfälschung in den durch den Wahrspruch als erwiesen angenommenen Thatsachen gefunden werden müsse. Endlich bemerkte der großh. Staatsanwalt, daß in diesen Thatsachen der Thatbestand des vollendeten, jedenfalls der des versuchten Verbrechens des Betrugs gegen Gläubiger (§. 2 des Einf.Ges. vom 2. Februar 1851) oder des gemeinen Betrugs (St.G.B. §. 450) enthalten sei.

In der zur Verhandlung über die Nichtigkeitsbeschwerde anberaumten Tagfahrt begründete der Staatsanwalt am großh. Oberhofgerichte diese Beschwerde näher, indem er auszuführen suchte, daß allerdings, zumal wenn man die Anklageschrift zur Erläuterung der gestellten Fragen benütze, und die übrigen Umstände des Falles in Betracht ziehe, die Annahme, es hätten die Geschworenen den Feger auch des von ihm gemachten Gebrauchs der Urkunden für schuldig erkannt, als begründet erscheine, sowie daß bei Gestalt der Sache jedenfalls in der dem Wahrspruche zufolge in verbrecherischer Absicht unternommenen Fertigung der falschen Urkunden ein strafbarer Versuch des Verbrechens der Urkundenfälschung zu finden sei.

Auf eine nähere Prüfung, ob eventuell Betrug oder mindestens Betrugsversuch als vorhanden anzunehmen sei, ging der Staatsanwalt am großh. Oberhofgerichte nicht ein, indem er bemerkte, daß seines Erachtens hinsichtlich der im vorliegenden Falle streitigen Frage des Verbrechens des Betrugs mit dem der Urkundenfälschung zusammenfalle.

Der oberste Gerichtshof verwarf die Nichtigkeitsbeschwerde.

Die Entscheidungsgründe führen in ihrem ersten Theile aus, daß aus der Bejahung der ersten Frage, beziehungsweise aus dem Inhalte dieser Frage durchaus nicht mit Sicherheit entnommen werden könne, ob der Wahrspruch einen durch Feger gemachten Gebrauch der falschen Urkunden im Auge gehabt habe.

In ihrem zweiten Theile besagen die Entscheidungsgründe folgendes:

„Zum Thatbestand der Urkundenfälschung gehört nun aber nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes (§§. 423. 430 St.G.B.), daß von der falschen Urkunde, als von einer ächten zum Zwecke der Verübung eines Betrugs Gebrauch gemacht worden sei, und es ist dieses Verbrechen damit als ein durch das Mittel der Fälschung verübter Betrug charak-

*) Die Statthaftigkeit dieses Rechtsmittel wurde in der mündlichen Verhandlung durch den Vertheidiger bestritten, weil die Geschworenen den P. Feger überall nicht der ihm angeschuldigten Fälschung von Privaturkunden (St.G.B. §. 430), sondern nur der fälschlichen Fertigung solcher Urkunden, und keiner weitern zum Thatbestande des bemerkten Verbrechens erforderlichen Handlung für schuldig erklärt hätten, während dessen Freisprechung durch den Schwurgerichtshof lediglich darauf beruhe, daß es an dem Thatbestand der Urkundenfälschung fehle, wenn von den gefälschten Urkunden nicht auch, als von ächten, zu dem beabsichtigten Zwecke Gebrauch gemacht worden sei. Der Schwurgerichtshof habe demnach den Angeklagten nur darum, weil er durch den Wahrspruch in einem wesentlichen Punkte für nicht schuldig erklärt worden, keineswegs aber deßhalb freigesprochen, weil die ihm durch die Anklage zur Last gelegte Handlung vom Gesetze nicht mit Strafe bedroht werde.

Der Cassationshof ging jedoch über diesen Anstand hinweg, weil derselbe mit der Hauptsache, d. h. mit der Frage: ob die im §. 115 II. des Einf.Ges. vorgesehene Nichtigkeit begangen worden sei? in Eines zusammenfalle. D. R.

terisirt, dessen Ausführung, wie bei jeder andern Art des Betrugs erst mit irgend einer Gebrauchshandlung, d. i. mit einer solchen beginnt, die den Willen anzeigt, das zum Zweck der Täuschung bereit gehaltene Mittel nun auch zur Anwendung zu bringen. Sowie daher die Urkundenfälschung nur durch einen solchen Gebrauch beendigt wird, mittelst dessen der beabsichtigte Zweck unmittelbar erreicht werden soll (z. B. durch Vorlage vor Gericht), ebenso ist zum Versuch dieses Verbrechens eine diesem Zweck noch ferner stehende Gebrauchshandlung erforderlich (z. B. durch blose Berufung auf die Urkunde) und der blose Besitz oder die Fertigung der Urkunde fällt in das Bereich der nicht strafbaren Vorbereitungshandlungen (§§. 105—108 St.G.B.)

Daß dieses auch in der Absicht des Gesetzes liegt, zeigt sich aus den Motiven zum Entwurf des St.G.B. Dort ist zum §. 383 (§. 423 des St.G.B.) gesagt:

„Ehe jedoch ein Gebrauch stattgefunden hat, kann der, welcher eine falsche oder verfälschte Urkunde besitzt ebensowenig bestraft werden, wie derjenige, welcher rc."

und damit kein Zweifel übrig bleibe, heißt es zum §. 395 (§. 435 St.G.B.) weiter

„wegen der höheren Gefährlichkeit ist die blose Fertigung falscher Staatspapiere abweichend von §. 383 rc. mit Strafe bedroht."

Ganz die gleiche Ansicht stellt der in der zweiten Kammer über §. 383 erstattete Bericht auf, und wenn sie auch in dem Commissionsberichte der ersten Kammer auf Widerspruch stieß, so wurde demselben doch keine weitere Folge gegeben, als daß man die Lösung der Frage in vorkommenden Fällen der richterlichen Entscheidung anheimstellte. Diese kann jedoch nach dem vorhin erwähnten um so weniger zweifelhaft sein, als das St.G.B. — nach Ausscheidung der Vorbereitungshandlungen (des vordem entfernten Versuchs) aus dem Gebiet der Strafbarkeit — unter dem nicht beendigten Versuch die vordem als nächster Versuch bezeichneten Handlungen begreift, durch deren Beendigung der gesetzwidrige Erfolg unmittelbar hervorgebracht werden soll, was bei der Urkundenfälschung nur durch den Gebrauch der falschen Urkunde ermöglicht wird.

Vergl. Anmerkungen zum §. 92 folg. des Entwurfs.

Commissions-Bericht der II. Kammer zu §. 94 bis 96.

Commissions-Bericht der I. Kammer zu §. 93 a bis 94.

Demnach und da, wie gezeigt, der Wahrspruch der Geschworenen keine der Anfertigung der Urkunden nachgefolgte auf deren Gebrauch abzielende Handlung des Peter Feger constatirt hat, konnte dem Antrag des großh. Staatsanwalts, unter Aufhebung des schwurgerichtlichen Urtheils vom 22. Dezember v. J. den P. Feger der vollendeten und fortgesetzten Fälschung von Privaturkunden aus Gewinnsucht, oder des Versuchs dieses Verbrechens, eventuell des Betrugs gegen Gläubiger oder doch des Versuchs eines dieser Verbrechen, für schuldig zu erklären — nicht stattgegeben werden."

Es läßt sich nun nicht im Mindesten bezweifeln, daß die Gründe, welche der höchste Gerichtshof dafür, daß nach badischem Rechte die Fertigung falscher Urkunden, möge sie auch in verbrecherischer Absicht geschehen sein, straflos sei, sehr gewichtiger Natur sind. Nichts desto weniger aber dürften doch auch diejenigen Gründe, welche in dem Feger'schen Straffalle von der Staatsbehörde geltend gemacht wurden, der Beachtung nicht unwerth sein, und es dürfte daher eine kurze Darlegung derselben nicht als nutzlos erscheinen.

Es war die Staatsbehörde wohl in der Lage, die allgemeinen Grundsätze, welche das badische St.G.B. in der Lehre vom Versuche aufstellt, für sich anzuführen. Die Annahme, daß derjenige, welcher auf betrügerischem Wege mittelst Anwendung einer falschen Urkunde einen unrechtmäßigen Gewinn erstrebt, sobald er die falsche Urkunde verfertigt hat, die Ausführung seines verbrecherischen Beginnes doch wenigstens angefangen habe, dürfte keineswegs als ungerechtfertigt erscheinen. Sollte nicht derjenige, welcher nach Tage langer Anstrengung eine falsche Urkunde zu Stande gebracht hat, welcher dieselbe, um sie bei Gericht vorzulegen, bereits mit sich in das Gerichtsgebäude genommen hat, und nun auf den Augenblick harrt, in dem der Richter die Urkunde entgegen nehmen wird, auf der Bahn des Verbrechens ebensoweit vorgeschritten sein, als der Dieb, welcher, um in des Nachbars Haus einzusteigen, eine Leiter an dieses Haus angestellt hat?

Auf dem Gebiete des gemeinen deutschen Strafrechts, welches doch sicherlich als Hauptquelle des bad. St.G.B. angesehen werden muß, steht es fest, daß die in verbrecherischer Absicht bewirkte Fertigung einer falschen Urkunde als Versuch des Verbrechens der Urkundenfälschung bestraft werden kann. Manche Rechtslehrer

Feuerbach, peinliches Recht §. 414,

Escher, die Lehre vom Betrug und von der Fälschung. Zürich 1840. S. 350—355,

behaupten, und zwar vorzugsweise auf den Grund der L. 8 cod. ad leg. Corn. de falsis 9. 22. („Si falsos codicillos ab his, contra quos supplicas, factos esse contendis, non ideo accussationem evadere possunt, quod se illis negent uti: nam illis prodest usu abstinere, qui non ipsi falsi machinatores esse dicuntur et quos periculo solus usus adstrinxerit,") und des Art. 112 der P.H.G.O. („Welche falsch Siegel, Brief, Instrument machen, die sollen an Leib und Leben peinlich gestraft werden.") daß das Verbrechen der Urkundenfälschung mit Fertigung der falschen Urkunde vollendet sei.

Andere Rechtslehrer treten dieser Ansicht entgegen und nehmen das vollendete Verbrechen erst nach einem von der gefälschten Urkunde gemachten Gebrauche an, sprechen sich aber dabei stets dahin aus, daß vor solchem Gebrauche ein strafbarer Versuch des Verbrechens vorliege.

Wächter, Lehrbuch des Strafrechts II. §. 179 S. 222.

Henke, Handbuch des Criminalrechts II. §. 23.

Heffter, Lehrbuch des Strafrechts V. Auflage §. 389. insbesondere Note 5 S. 310.

Mittermaier zu Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts XIV. Auflage §. 414 Note 1. S. 669.

Marezoll, Criminalrecht II. Auflage §. 159 S. 543.

Mittermaier, a. a. O. sagt: „Nur kann man nicht (wegen l. 4 cod. si accus. vel reus mortuus und L. 8 cod. ad leg. Corn. de fals) schon das bloße Verfertigen des falschen Gegenstandes in allen Fällen als Vollendung des falsi ansehen, wenn man die Art berücksichtigt, wie das deutsche Criminalrecht sich ausgebildet hat."

Marezoll, a. a. O. sagt: „Da nun aber jedes Falsum seinem Gattungsbegriffe nach, ein durch gewisse angewendete Mittel beabsichtigter Betrug ist, so kann auch das Falsum, als solches, nicht eher als vollendet betrachtet werden, als von Seiten des Thäters dasjenige, was zum Mittel des Betrugs dabei bestimmt war, schon irgend zu diesem Zwecke verwendet worden ist. Vorher kann nur von einem Versuche des Falsum die Rede sein."

Zu bemerken ist hiebei, daß gerade Mittermaier (a. a. O §. 42 Note VI. S. 75) und Marezoll (a. a. O. §. 33 S. 113) zu denjenigen Rechtsgelehrten gehören, welche die Strafbarkeit des Versuches auf dem Boden des gemeinen deutschen Rechts nur dann für begründet erachten, wenn die Ausführung des beabsichtigten Verbrechens angefangen worden ist, daß sie mithin in der in betrüglicher Absicht unternommenen Fertigung der falschen Urkunde einen Anfang der Ausführung des Verbrechens der Urkundenfälschung finden.

Das französische Recht geht, wie das englische (siehe über letzteres Escher a. a. O. S. 354), von der Ansicht aus, daß derjenige, welcher falsche Urkunden fertigt, oder ächte verfälscht, seien es öffentliche Urkunden oder Privaturkunden, in der vom Gesetze bestimmten Weise zu bestrafen sei. Code pénal Art. 147. 148. 150. 151.

Den Gesetzbüchern von Oesterreich (v. J. 1852 §§. 106 201), Bayern (Art. 267. 269) und Sachsen (Art. 247. 249) zufolge besteht das vollendete Verbrechen der Urkundenfälschung schon darin, daß Jemand falsche Urkunden fertigt oder ächte verfälscht. Das braunschweigische St.G.B. (§§. 130. 131. 228 bis 230) unterscheidet die Fälschung von Creditpapieren und öffentlichen Urkunden von der an andern Sachen und insbesondere an Privaturkunden verübten Fälschung. Bei ersterer genügt die Fertigung der falschen Urkunde zur Vollendung des Verbrechens, bei der letztern ist zu dieser Vollendung auch der Gebrauch der Urkunde nöthig. Wie sich aus den Motiven und Bemerkungen zum Gesetzbuche (Braunschweig 1840 S. 312. 313) ergibt, ist indessen bei der Fälschung von Privaturkunden Versuch des Verbrechens anzunehmen, wenn ein Gebrauch der falschen Urkunde noch nicht eingetreten ist. Das würtembergische St.G.B. (Art. 216. 217. 219. 356—358) unterscheidet in ähnlicher Weise wie das Braunschweigische. Es fordert auch bei Creditpapieren und öffentlichen Urkunden zur Vollendung des Verbrechens Gebrauch der falschen Urkunde, erklärt jedoch die Fertigung einer solchen Urkunde

ohne deren Gebrauch für einen strafbaren Versuch des in Frage stehenden Verbrechens. Die Frage, ob die Fertigung einer falschen Privaturkunde, ohne daß von derselben Gebrauch gemacht worden, einen strafbaren Versuch bilde, ist in Würtemberg bestritten. Siehe Hufnagel das St.G.B. für Würtemberg. Tübingen 1845 S. 383. 384.

Häberlin, Grundsätze des Criminalrechts nach den neuen deutschen St.G.B. IV. S. 215 — erklärt sich hinsichtlich der vorliegenden Frage mit ausdrücklichem Bezuge auf das badische St.G.B. in folgender Weise:

„Nach den Gesetzbüchern, welche zur Vollendung der Fälschung den gemachten Gebrauch verlangen, ist demnach nur ein strafbarer Versuch vorhanden, wenn zwar die Sache, die Urkunde verfälscht oder nachgeahmt, allein noch kein Gebrauch davon gemacht ist, während nach den Gesetzbüchern, nach welchen der Gebrauch zur Consumation nicht erforderlich ist, in dem gemachten Gebrauche jedenfalls, wo nichts Anderes bestimmt ist, ein Straferhöhungsgrund innerhalb des Strafrahmens liegt.

Zweifellos entscheidet mithin Häberlin für das badische Recht die Frage dahin, daß die bloße Fertigung der falschen Urkunde, falls diese Fertigung in rechtswidriger, betrüglicher Absicht geschieht, als strafbarer Versuch zu behandeln sei.

Man ist versucht anzunehmen, daß sich die Motive der großh. Regierung zu dem den Kammern im Jahre 1839 vorgelegten Entwurfe des Strafgesetzbuchs, ob sie gleich die in den oben mitgetheilten oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen angeführten Stellen in sich fassen, doch eine der Häberlin'schen Ansicht ähnlichen Anschauungsweise nicht zu entschlagen vermochten, wenn man folgende Stelle dieser Motive ins Auge faßt:

„Wenn zur Vollendung der Fälschung gefordert ist, daß von der falschen oder verfälschten Urkunde Gebrauch gemacht sei, so ist dies zwar im ausgedehntesten Sinne zu verstehen, der z. B., welcher für einen Andern gegen Bezahlung eine falsche Urkunde fertigt, hat schon davon Gebrauch gemacht, wenn er sie abliefert."

(Verhandl. der zweiten Kammer 1839/40. IV. Beil Heft S. 142.)

Daß übrigens die in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen erwähnten Stellen der Motive der Regierung (Verhandl. der 2 Kammer 1839/40 IV. Beil.Hft. S. 142. 143), sowie einige Stellen des in der 2. Kammer von Aschbach erstatteten Commissionsbericht (Verhandlungen der 2. Kammer 1839/40 VII. Beil.Hft. Bericht No. 9 S. 10. 11. 15) der Ansicht, daß erst der wirkliche Gebrauch einer falschen Urkunde strafbar sei, in hohem Maaße das Wort reden, kann nicht bezweifelt werden.

Hiegegen kommt indessen in Betracht, daß die Vorarbeiten zum Strafgesetzbuche noch andre, die vorliegende Frage berührende Stellen enthalten, welche mit den in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen angeführten geradezu im Widerspruche stehen.

Der von dem verstorbenen Generalauditor Geh. Rathe Vogel auf dem Landtage der Jahre 1841/42 der ersten Kammer über die Lehre von der Fälschung erstattete Commissionsbericht sagt zu §. 383 des Entwurfs (§. 423 des St.G.B.):

„Der in dem Commissionsberichte der zweiten Kammer ausgesprochenen Ansicht, wornach der Besitz einer falschen oder verfälschten Urkunde in keinem Falle als strafbarer Versuch betrachtet werden sollte, können wir nicht unbedingt und ohne Beschränkung beistimmen. Wir können aber eine nähere Erörterung hierüber füglich umgehen, und die Lösung dieser Frage, in den einzelnen Fällen der richterlichen Prüfung und Entscheidung anheim gestellt sein lassen."

(Verhdl. der ersten Kammer 1841/42 I. Beil.-Heft Bericht No. 6 S. 270.)

Der Schluß der vorhin abgedruckten Stelle der Regierungsmotive von 1839 erfuhr in dem Commissionsberichte der zweiten Kammer (Verhdl. 1839/40 zweite Kammer VII. Beil Heft Bericht No. 9 S. 10 u. 11) insoferne Widerspruch, als in diesem Berichte behauptet wurde, derjenige, welcher auf Bestellung eine falsche Urkunde fertige und dieselbe an den Besteller abliefere, mache sich eines Gebrauchs der Urkunde im Sinne des §. 383 des Entwurfs (§. 423 des St.G.B) nicht schuldig, weil er die Urkunde nicht als eine ächte abgebe, und den Empfänger derselben nicht täusche.

(Schluß folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 8.

I.

Cassationsfall.

Zur Lehre von der Urkundenfälschung.

(Schluß.)

Der bereits erwähnte auf dem Landtage von 1841/42 an die erste Kammer erstattete Commissionsbericht pflichtete dieser Anschauungsweise nicht bei, schlug vielmehr einen Zusatzparagraphen (§. 391 a) folgenden Inhalts vor:

„Hat der Urheber der Fälschung in den Fällen der §§. 383 bis 391 die falsche oder verfälschte Urkunde einem Andern abgegeben, um davon zu einem der dort bezeichneten Zwecke Gebrauch zu machen, so wird er, wenn der Letztere noch keinen Gebrauch davon gemacht hat, von der Strafe des beendigten Versuchs getroffen."

Dieser Zusatzparagraph erhielt die Billigung der ersten Kammer (Verhdl. 1841/42 erste Kammer I. Beil.-Heft S. 271. 272. II. Beil.-Heft S. 64, Protocollheft S. 354) Der vom Abgeordneten Trefurt auf dem Landtage 1843/45 der zweiten Kammer erstattete Commissionsbericht beantragte den Strich des Zusatzparagraphen, gab aber bei dieser Gelegenheit zu erkennen, daß die Fertigung einer falschen Urkunde unter Umständen als Anfang der Ausführung des Verbrechens der Urkundenfälschung, mithin als strafbarer Versuch dieses Verbrechens, zu betrachten sei. Es heißt nämlich daselbst:

„In dem Falle aber, wo der Betrüger die falsche Urkunde nicht selber fertigt und auch nicht zum Gebrauche der Urkunde Auftrag ertheilt, sondern erst einen Andern zur Fertigung der falschen Urkunde mit oder ohne Lohn beauftragt und dieser den Auftrag soweit vollzogen hat, daß er ihm die gefälschte Urkunde bereits einhändigte, da erscheint der Fertiger der Urkunde nach dem in §. 119 Abs. 1 (des Entwurfs §. 135 Abs. 1 des St.G.B.) jedenfalls nur als Gehülfe des eigentlichen Betrügers, und wenn man auch die Fertigung der falschen Urkunde nicht als bloße Vorbereitungshandlung, sondern als wirklichen Anfang der Ausführung des Verbrechens ansehen will, so liegt doch jedenfalls darin blos ein nicht beendigter Versuch, welcher weder am Anstifter noch am Fertiger mit der Strafe des beendigten Versuchs belegt werden kann, wie der Vorschlag der ersten Kammer solches will. (Verhdl. der zweiten Kammer 1843/44 XI. Beil.-Heft S. 280.)

Die zweite Kammer beschloß auf diesen Commissionsbericht hin den Strich des §. 391 a (VII Protokoll-Heft S. 254). Die erste Kammer trat auf den Antrag ihrer Commission diesem Beschlusse bei (1843/44 erste Kammer III. Beil.-Heft S. 324 I. Protokoll-Heft S. 141—150).

Aus der bisherigen Darstellung ergibt sich mit Sicherheit, daß sich im Laufe der ständischen Berathungen des St.G.B. über die vorliegende Frage verschiedene einander widersprechende Ansichten bildeten. Im Commissionsberichte der ersten Kammer von 1841/42 wurde den in den Motiven der Regierung und dem Commissionsberichte der zweiten Kammer von 1839/40 geäußerten Meinungen entgegengetreten, und der Commissionsbericht der zweiten Kammer von 1843/45 neigt sich zur Ansicht des Commissionsberichts der ersten Kammer von 1841/42 hin, hält wenigstens sicherlich die Ansicht der Motive und des Commissionsberichts der zweiten Kammer von 1839/40 in keiner Weise aufrecht.

Bei dieser Sachlage wird man die Motive und den mehrerwähnten Commissionsbericht von 1839/40 nicht

für allein entscheidend ansehen können. Bei den verschiedenen Ansichten, welche von den verschiedenen Factoren der Gesetzgebung gehegt wurden, kann die Ansicht des einen oder andern Factors nicht als unbedingt maßgebend erscheinen.

Die Worte des Gesetzes, dem alle Factoren ihre Zustimmung gaben, lassen die eine oder die andre Deutung zu. Wenn nun der eine Gesetzgebungsfactor den Worten diesen, der andre aber jenen Sinn unterlegte, so kann wohl der Richter keiner der verschiedenen Ansichten der Gesetzgebungsfactoren einen entscheidenden Werth beilegen, er wird vielmehr in einem solchen Falle zu andern Quellen der Auslegung seine Zuflucht zu nehmen haben, wie solche z. B. im vorliegenden Falle durch das gemeine deutsche Recht geboten sind. Wenn eben bemerkt wurde, daß die Worte des Gesetzes die eine und die andere Deutung zulassen, so stützt sich diese Anschauungsweise darauf, daß aus den Worten des §. 423 des St G.B:

„Wer — eine falsche öffentliche Urkunde fertigt, oder eine ächte öffentliche Urkunde verfälscht, und davon, als von einer ächten — Gebrauch macht"

an und für sich auf die Straflosigkeit der blosen Fertigung einer falschen Urkunde und der blosen Verfälschung einer ächten Urkunde mit Sicherheit nicht wird geschlossen werden können.

Der Umstand, daß zum Verbrechen des §. 423 die Fertigung der falschen, beziehungsweise Verfälschung der ächten Urkunde und daneben der Gebrauch der einen oder andern verlangt wird, daß mithin dieser Gebrauch als ein Erforderniß des Thatbestandes des fraglichen Verbrechens aufgestellt ist, kann nicht entscheidend werden.

Sicherlich gehört zum Thatbestande des Verbrechens des Diebstahls die Besitzergreifung (§. 377 des St.G.B. Feuerbach peinl. Recht §. 316). Nichts desto weniger ist es aber außer allem Zweifel und allseits anerkannt, daß es einen strafbaren Versuch des Diebstahls gibt, und daß ein solcher Versuch seinem Wesen nach in Handlungen, die noch nicht bis zur Besitzergreifung vorgeschritten sind, gefunden werden muß. Zu dem strafbaren Versuche eines Verbrechens ist es nicht nöthig, daß alle Erfordernisse des Thatbestands des betreffenden Verbrechens wirklich vorliegen; es genügt vielmehr zu einem Versuche an der auf die Verwirklichung jener Erfordernisse gerichteten Absicht und an dem Anfange der Ausführung der That (Vergl. Feuerbach a. a. O. §. 42, Häberlin a. a. O. I. S. 46, Heffter a. a. O. §. 73. S. 64). „Verbrecherischer Versuch ist im Allgemeinen jede absichtliche, vor der Verwirklichung des vollen äußeren Thatbestandes abgebrochene Handlung."

Daß in allen Fällen, in welchen Fertigung falscher Urkunden als strafbarer Versuch des Verbrechens der Urkundenfälschung betrachtet werden soll, beim Fertiger die Absicht zu betrügen, d. h. die Urkunden zu gebrauchen, vorhanden gewesen sein muß, ist oben schon mehrfach angedeutet worden. Mit Recht sagt Häberlin a. a. O. IV. S. 213:

„Zum Thatbestand der Fälschung gehört ferner böser Vorsatz, dolus malus, einmal in der Weise, daß es eine fahrlässige Fälschung nicht gibt, dann aber auch in der Art, daß wirklich eine böse, eine rechtswidrige Absicht dabei vorhanden sein muß, so daß es z. B. kein Verbrechen der Fälschung ist, wenn Jemand, um sich im Zeichnen und Schreiben zu üben, eine Cassenanweisung, einen Staatsschuldschein und dgl. copirt, und selbst, jedoch im Scherz, oder nur, um zu sehen, ob ihm sein Werk gelungen und die Copie ähnlich geworden ist, dieselbe einem Dritten vorlegt."

Im Feger'schen Falle war nun aber die Absicht Fegers, vermittelst der von ihm gefertigten falschen Urkunden zu betrügen, durch den Wahrspruch der Geschworenen festgestellt.

Man führt gewöhnlich, um die Straflosigkeit der sog. Vorbereitungshandlungen de lege ferenda zu rechtfertigen an, eine solche Handlung sei stets an und für sich gleichgültig, und lasse noch keinen sicheren Schluß auf eine feste bestimmte verbrecherische Willensrichtung zu.

Motive der großh. Regierung zu §. 95 des Entw. des St.G.B. — §. 108 des St.G.B. — (Ständeverhandlungen 1839/40 zweite Kammer IV. Beil.-Heft S. 100).

Commissionsbericht der zweiten Kammer zu derselben Stelle (Verhandlung 1839/40 zweite Kammer Bericht No. 29 S. 74. 75).

An der Möglichkeit, auf eine solche verbrecherische Willensrichtung mit Sicherheit zu schließen, gebricht es aber augenscheinlich dann nicht mehr, wenn feststeht, daß Jemand — vielleicht mit großer Anstrengung — Urkunden gefälscht hat, um Andre damit zu betrügen.

Durch die in böslicher Absicht unternommene Fertigung falscher oder Verfälschung ächter Urkunden ist der Wille des Thäters, denjenigen, zu dessen Nachtheil die Fälschung geschieht, zu betrügen, auf genügende Weise in die äußere Welt getreten.

Zum Schlusse möge noch die Bemerkung Platz finden, daß die eben beendigte Ausführung, wie bereits oben angedeutet wurde, keineswegs den Zweck haben soll, eine Widerlegung der Entscheidungsgründe zu dem in der Feger'schen Sache vom höchsten Gerichtshofe erlassenen Erkenntnisse zu bilden, daß dieselbe vielmehr lediglich dazu dienen soll, die Gründe, auf welche sich die in jener Sache von der Staatsbehörde vertheidigte Ansicht stützt, darzustellen, und in dieser Weise zu einer allseitigen Beleuchtung der vorliegenden Streitfrage mitzuwirken.

Roßhirt.

II.

Zum Thatbestand des gemeinen Betrugs.

§. 450 St.G.B.

Das Hofgericht des Mittelrheinkreises hat nach einer Mittheilung in den Annalen XXII. S. 199 in einem Falle den §. 450 des St.G.B. dahin ausgelegt, daß die Worte „mit Verletzung einer besonderen Rechtspflicht“ sich nicht blos auf den unmittelbar vorhergehenden Fall der vorsätzlichen Vorenthaltung der Wahrheit, sondern auch auf den ersten Fall der arglistischen Entstellung der Wahrheit beziehen und seine Auslegung auf die Art der Interpunction sowie auf die Motive und Diskussionen gestützt.

Aus den Motiven und Kammerverhandlungen geht nun aber gerade das Gegentheil hervor.

Nach den Anmerkungen der Gesetzgebungscommission zu §. 409 (jetzt §. 450) wird der Betrug außerhalb Vertragsverhältnissen begangen:

1) durch arglistische Entstellung der Wahrheit, wobei auch subjectiv auf die Einsicht und Bildungsstufe der Person Rücksicht zu nehmen ist, gegen welche das Verbrechen verübt wird;
2) durch Vorenthaltung der Wahrheit mit Verletzung einer besonderen Rechtspflicht.

Und in dem Commissionsbericht der zweiten Kammer, erstattet vom Abgeordneten Aschbach ist gesagt:

„Zum Thatbestand des strafbaren gemeinen Betrugs gehört als äußere Handlung eine arglistig auf Täuschung und Verleitung eines Anderen berechnete Wahrheitsverletzung, sei es durch Vorspiegelung falscher oder durch Vorenthaltung oder Unterdrückung wahrer Umstände, letzteres jedoch nur unter der Voraussetzung, daß dabei eine besondere Rechtspflicht zur Angabe der Wahrheit verletzt wird. Eine bloße Lüge, ein bloses Läugnen, oder Verschweigen der Wahrheit, womit keine solche besondere Rechtspflicht verletzt wird, macht keinen Betrug, denn es gibt keine allgemeine Rechtspflicht zur Angabe der Wahrheit. — Die Vorenthaltung der Wahrheit wird in dem Entwurf, so ist in dem allegirten Commissionsberichte weiter bemerkt, auch unter der Voraussetzung verstanden, daß sie arglistig oder vorsätzlich geschehe. Der Entwurf spricht aber nur von einer arglistigen Entstellung der Wahrheit und setzt dieser ohne Beiwort einfach die Vorenthaltung der Wahrheit mit Verletzung einer besonderen Rechtspflicht gleich. Dies könnte den Schein erzeugen, als könne bei der Vorenthaltung der Wahrheit auch ohne Vorsatz ein Betrug verübt werden; als sei hier ein geflissentliches, auf Irreleitung des Erkenntnißvermögens berechnetes Benehmen des Täuschenden nicht nothwendig. Um auch diesen Schein zu entfernen, wurde das Wort „Vorenthaltung“ in die Worte „vorsätzliche Vorenthaltung“ umgeändert.“

Bei den Diskussionen wurde hierüber weder in der zweiten noch in der ersten Kammer debattirt.

Darnach kann es gar keinem Zweifel unterliegen, daß die Worte „mit Verletzung einer besonderen Rechtspflicht“ sich nicht auf die Entstellung der Wahrheit, sondern nur auf die Vorenthaltung der Wahrheit beziehen. So wurde auch bisher der § 450 allgemein ausgelegt. Vrgl. Kettenacker in den Annalen XVIII. S. 402 und Häberlins Grundsätze des Criminalrechts IV. S. 155.

Das Komma zwischen den Worten „Wahrheit“ und „mit“, auf welches großes Gewicht gelegt wird, ist offenbar ein Druckfehler, was sich aus den erwähnten Kammerverhandlungen, insbesondere aber daraus ergibt, daß in dem von der Regierung vorgelegten und aus den Beschlüssen der zweiten und ersten Kammer hervorgegan-

genen Entwurf unseres Strafgesetzbuches zwischen jenen Worten kein Komma (Beistrich) sich befindet.

Nach der hier vertheidigten Ansicht wurde von dem Hofgericht des Seekreises in folgendem Falle entschieden.

Anton Keller von D. hatte am letzten Neujahrstage, bald für den Nachtwächter, bald für dessen Bruder sich ausgebend, bald als Nachtwächter sich selbst darstellend, in verschiedenen Häusern sich eingefunden, um bei deren Bewohnern theils die dem Nachtwächter schuldige Vierteljahrsgebühr von 6 Kreuzer, theils das übliche Neujahrsgeschenk in Empfang zu nehmen, welche Absicht er auch fast überall erreichte. Um seinem Vorgeben bei den Hausbewohnern Glauben zu verschaffen, hatte er sich mit geliehenen Kleidungsstücken angethan, wie sie die Nachtwächter in jener Gegend zu tragen pflegen.

Bei der Aburtheilung dieses Falles waren die Votanten

1) darin einverstanden, daß der Angeschuldigte, soweit er, angekleidet wie ein Nachtwächter in jener Gegend, sich für den Nachtwächter des betreffenden Orts oder für dessen Bruder oder Gewalthaber ausgab, und bei den Hausbewohnern die Zahlung des Quartalsechsers verlangte, sich des Betruges schuldig gemacht habe, weil der Nachtwächter als einen Theil seines Gehalts von jeder Familie in dem fraglichen Orte jährlich 24 kr., in Quartalsraten zahlbar, anzusprechen das Recht habe.

Dagegen war ein Votant der Ansicht

2) daß soweit der Angeschuldigte Neujahrsgeschenke erhalten habe, kein gerichtlich strafbarer Betrug vorliege, weil zu dieser Abgabe keine Rechtspflicht bestehe, sondern dieselbe lediglich auf dem guten Willen der Hausbewohner beruhe. Die Majorität nahm jedoch auch hier den Thatbestand eines gerichtlich strafbaren Betrugs als vorhanden an, weil die Hausbewohner durch die herrschende Uebung sich moralisch verpflichtet erachteten, das Neujahrsgeschenk dem jeweiligen Nachtwächter abzugeben.

Von dem Hofgericht des Seekreises wurde daher Anton Keller wegen Betrugs bestraft.

Die in den Annalen XXII. S. 199 mitgetheilte Entscheidung des mittelrheinischen Hofgerichts ist übrigens in der Hauptsache richtig, jedoch aus einem andern Grunde als aus dem daselbst angeführten, und zwar aus dem Grunde, weil bei Betteleien die zur Erschleichung freiwilliger milder Gaben gebrauchten Vorspiegelungen an und für sich noch nicht das Vergehen eines gerichtlich strafbaren Betrugs begründen. Escher über Betrug und Fälschung S. 98. Annalen XXI. S. 176.

Haager.

III.

Unfähigkeit zum Geschworenenamte wegen gerichtlicher Bestrafung für Verbrechen.

§. 50 des Gesetzes vom 5. Februar 1851.
Annalen XVIII. S. 365.

In §. 5 des Regierungsentwurfs des Gesetzes über die theilweise Einführung der Schwurgerichte war bestimmt, daß Geschworene nicht sein können Diejenigen, welche zu einer peinlichen oder einer Arbeitshausstrafe verurtheilt wurden, so wie Diejenigen, welche wegen eines die öffentliche Achtung ihnen entziehenden Verbrechens, namentlich wegen Diebstahls, Unterschlagung, Betrugs oder Zahlungsflüchtigkeit mit einer Freiheitsstrafe belegt wurden.

Die Commission der zweiten Kammer war mit dieser Bestimmung einverstanden. In dem von Mittermaier erstatteten ersten Commissionsbericht ist hierüber gesagt:

„Bei der Bildung der Urliste müssen schon gewisse Personen, die unter keinen Umständen Geschworene sein können, aus der Liste weggelassen werden. Ein Zweifel kann entstehen in Bezug auf obige Bestimmung, wornach alle Personen, die zu peinlicher Strafe oder Arbeitshaus oder auch nur zu einer Freiheitsstrafe wegen gewisser, die öffentliche Achtung entziehenden Uebertretungen verurtheilt wurden, keine Geschworene sein können. Erwägt man, daß zur Arbeitshausstrafe auch wegen leichterer Vergehen, z. B. wegen politischer Vergehen Jemand verurtheilt werden kann, so scheint es hart, auch eine solche Person für immer eines bedeutenden Rechts zu berauben. Die Mehrheit der Commission stimmt jedoch dem Entwurf zu, weil nur einem völlig Unbescholtenen das Richteramt über seine Mitbürger übertragen werden kann, und die öffentliche Stimme verletzt würde, wenn ein Mann, der selbst wegen Vergehen bestraft wurde, zu Gericht über andere Angeschuldigte sitzen wollte." In der am 11. Oktober 1848 gehaltenen

Sitzung der zweiten Kammer machte der Abgeordnete Baum den Vorschlag, obiger Bestimmung beizufügen, daß Diejenigen, welche mit einer solchen Strafe belegt und begnadigt worden sind, auch hinsichtlich der rechtlichen Folgen der Strafe, hinsichtlich der Entehrung, die auf dieser Strafe liegt, vollständig rehabilitirt sind, Geschworene werden können. Ministerialrath Brauer erwiederte hierauf, daß dieses die Tendenz der Regierung sei; die Begnadigung tilge rückwirkend die Folgen des Verbrechens und die Rehabilitation sei der Ausspruch, daß Einer wieder in den vollen Genuß seiner bürgerlichen Rechte eingesetzt sei. Der Abgeordnete Mittermaier bemerkte noch: „Nach dem Strafgesetzbuch ist der zu einer peinlichen Strafe Verurtheilte, sobald ihm die Folgen erlassen worden sind, rehabilitirt, er tritt in den Kreis der fähigen Bürger ein und kann auf die Geschworenenliste kommen." Von der zweiten Kammer wurde obige Bestimmung unverändert angenommen. In der ersten Kammer wurde in der Sitzung vom 30. November 1848 von einem Mitgliede nur die Aenderung vorgeschlagen, daß statt des Wortes „namentlich" der Ausdruck „z. B." gebraucht werden solle, indem das Wort „namentlich" zu dem Mißverständnisse Veranlassung geben könnte, als seien mit den nach dem Wort „namentlich" aufgeführten Fällen alle Fälle erschöpft, die das Gesetz vorgesehen haben wollte.

Sowohl von der ersten als von der zweiten Kammer wurde diese Aenderung angenommen. Und es schreibt der §. 6 Ziff. 5 des Gesetzes vom 17. Februar 1849 (Regierungsblatt No. 8) vor, daß Geschworene nicht sein können Diejenigen, welche zu einer peinlichen oder zu einer Arbeitshausstrafe verurtheilt wurden, so wie Diejenigen, welche wegen eines die öffentliche Achtung ihnen entziehenden Verbrechens, z. B. wegen Diebstahls, Unterschlagung, Betrugs oder Zahlungsflüchtigkeit mit einer Freiheitsstrafe belegt wurden. Ebenso lautete der §. 35 Ziff. 4 des Regierungsentwurfs von 1850. Von der Commission der zweiten Kammer wurde der Zusatz vorgeschlagen: „So lange sie nicht Wiederbefähigung erlangt haben." Nach dem Commissionsbericht, erstattet von Trefurt, soll dieser Zusatz feststellen, daß auch in dieser Beziehung das landesherrliche Begnadigungsrecht in Bezug auf Ehrenfolgen der Strafen nicht beschränkt ist. Dieser Zusatz erhielt die Genehmigung sowohl der zweiten als der ersten Kammer.

Nach §. 50 Ziff. 4 des Gesetzes vom 5. Febr. 1851 sind also zum Geschworenenamte unfähig Diejenigen, welche zu einer peinlichen oder zu einer Arbeitshausstrafe verurtheilt wurden, sowie diejenigen, welche wegen eines die öffentliche Achtung ihnen entziehenden Verbrechens z. B. wegen Diebstahls, Unterschlagung, Betrugs oder Zahlungsflüchtigkeit mit einer Freiheitsstrafe belegt wurden, s o l a n g e s i e n i c h t W i e d e r b e f ä h i g u n g e r l a n g t h a b e n.

Hiernach genügt zur Unfähigkeit eine b l o ß e V e r u r t h e i l u n g der bezeichneten Art und es ist gleichgültig, ob der Betreffende die Strafe erstanden hat oder nicht. Auch tritt die Unfähigkeit zum Geschworenenamte ein, wenn gleich im Wege der Gnade die peinliche oder Arbeitshausstrafe in Kreis- oder Amtsgefängnißstrafe verwandelt oder die Gefängnißstrafe ganz oder theilweise nachgelassen worden ist. Denn nach §. 24 des St G B. sind durch den Nachlaß der Strafe im Wege der Begnadigung die Folgen derselben nicht schon an und für sich aufgehoben, sondern nur dann, wenn und insofern dieß hiebei ausdrücklich bestimmt wird.

Es sollen daher solche Personen, welche zu einer peinlichen oder Arbeitshausstrafe oder wegen eines die öffentliche Achtung ihnen entziehenden Verbrechens zu einer Freiheitsstrafe verurtheilt und nicht für wiederbefähigt erklärt worden sind, gar nicht in die Urlisten und Bezirks- und Kreislisten aufgenommen werden. Wenn dies aber dennoch geschieht, weil die Fertiger der Listen keine Kenntniß von dem Verhältnisse hatten, oder weil sie dasselbe nicht beachteten, oder weil das Verhältniß erst später noch eintrat, so kann nicht blos, wie Bekk, Anmerkungen zu §. 50 und 51 S. 38. 39 meint, der Aufgenommene bei der Ziehung abgelehnt, sondern er kann und muß auf Antrag des Staatsanwalts oder des Angeschuldigten und selbst von Amtswegen, wenn der Schwurgerichtshof von dem Unfähigkeitsgrund sonst Kenntniß erhält, vor der Verloosung ausgeschlossen werden, wie ich schon in den Annalen XVIII. S. 365. 389 nachgewiesen habe.

Hgr.

IV.

Ueber die Beweiskraft einer statt der Unterschrift mit einem Handzeichen (Kreuze) unterzeichneten Urkunde.

Die von dem klagenden Theile bestrittenen Quittungen vom 5. Oktober 1847 und vom 1. September 1851,

welche als einfache Empfangsbescheinigungen nicht der Vorschrift des L.R.S. 1326 unterliegen, sind zwar nur mit einem Handzeichen (Kreuze) statt der Unterschrift unterzeichnet, allein die Absicht der Parteien, welche durch uralte Volkssitte geheiligt ist, legt denselben bei schreibensunkundigen Personen die Kraft der wirklichen Unterschrift bei, weßhalb und im Hinblicke auf die Zulassung eines noch weit einfacheren Beweismittels in L.R.S. 1333 sie auch von den Gerichten als solche zu erachten sind, zumal das Erforderniß der Unterschrift (L.R.S. 1322) auch in anderen Beziehungen in nicht voller Strenge aufgefaßt wird.

Wenn es nun auch in der Natur der Sache liegt, daß die Aechtheit eines solchen Handzeichens nicht durch die Schriftvergleichung dargethan werden kann (aus welchem Grunde der vom Kläger versuchte Gegenbeweis mittelst Berufung auf die in den Theilungsakten befindlichen Handzeichen der Andreas Schindler Wittwe unerheblich ist), so sind doch damit die anderen anwendbaren Beweismittel nicht ausgeschlossen, und es mußte daher der vom Beklagten angetretene Zeugenbeweis erhoben werden, der mit Rücksicht auf die in der Appellationsbeschwerdeschrift enthaltene Berichtigung der früher theilweise irrigen Art der Beweisantretung ein dem Beklagten günstiges Ergebniß lieferte, indem ja ein Zeuge, der schon auf der Urkunde selbst als Urkundsperson erscheint, die Aechtheit der beiden Quittungen bestätigte. Demnach muß der Beklagte, welcher bei Ausstellung der Quittungen zugegen gewesen zu sein behauptete, zum Erfüllungseid zugelassen werden. —

So hat sich das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises in seinen Gründen zum Urtheile vom 2. November 1855 in Sachen Wilhelm gegen Schindler über die viel bestrittene Frage der Beweiskraft einer mit Handzeichen unterzeichneten Privaturkunde (Annalen VIII. S. 165, oberhofg. Jahrb. n. F. V. S. 228, VI. S. 435. 600, VII. S. 99. 156. 157) ausgesprochen, und ich glaube bestätigen zu müssen, daß der Gerichtsgebrauch dermalen dieser Ansicht entschieden günstig ist, dessenungeachtet kann ich mich von deren Richtigkeit nicht überzeugen, und es wird, da ich Zachariä, Bd. IV. §. 752 Note 3 als Gewährsmann bezeichnen kann, mir gestattet sein, die gegentheilige Meinung kurz zu begründen. Zunächst ist hier der Wortlaut des Gesetzes hervorzuheben, denn L.R.S. 1322 verlangt „die Unterschrift" und bei dem Mahlen eines Kreuzes ist doch von Schreiben gewiß keine Rede; dieß Auskunftsmittel wird ja gerade deßhalb angewendet, weil der Betreffende des Schreibens nicht kundig ist. Ebenso unterstellt Pr.O. §. 392 ff. 404 ff. eine wirkliche Schrift. (Vrgl. L.R.S. 1323. 1324.) Bei Privaturkunden ist die Unterschrift das einzige Merkmal der Aechtheit, bei öffentlichen Urkunden dagegen hat man hiefür noch ganz andere Garantieen, und doch bestimmen L.R.S. 973. 977 hinsichtlich der Testamente, und bürg. Pr.O. §. 224, St Pr.O. § 80 hinsichtlich der Protokolle. daß der Mangel der Unterschrift durch eine besondere Beurkundung ersetzt werden muß. Die zu dem Gesetze vom 22. Juni 1837, die Zuziehung von Zeugen bei Staatsschreibereiurkunden betreffend (Reg.-Bl. No. XIX.) ergangene Instructivverordnung des großh. Justizministeriums vom 19. Dezember 1837 (Reg.-Bl. No. LI.) ordnet in §. 10 die nämliche Beurkundung an und sagt in §. 11, daß ein bloses Handzeichen nicht als Unterschrift betrachtet werden könne, fährt sodann demgemäß in §. 12 so fort:

> „Wenn ein bei einem Rechtsgeschäft Betheiligter nicht unterschreiben kann, ist zu dessen schriftlicher Beurkundung stets ein öffentlicher Akt, und daher die Beiziehung von zwei Zeugen nothwendig, weil eine Privaturkunde nur durch Unterschrift der Betheiligten (L.R.S. 1318. 1322) zu Stande kömmt, und eine Urkunde ohne Beiziehung von Zeugen nicht als öffentliche wirkt. (Art. 5 des Gesetzes vom 22. Juni 1837."

Als allgemeiner Grund möge schließlich erwähnt werden, daß man einem sogenannten Kreuze unmöglich ansehen kann, ob es von dieser oder jener Person herrührt, und es daher für den Producten eine harte Zumuthung ist. wenn man nach Maaßgabe der für Unterschriften berechneten Bestimmungen in Pr.O. §. 392. 394, L.R.S. 1323 von ihm eine Erklärung über die Aechtheit dieses Symbols verlangt. Diese Erbschaft einer früheren Zeit, in welcher die Kunst des Schreibens nur auf wenige Personen beschränkt war, hat meines Erachtens bei den hierin so gänzlich veränderten Verhältnissen der Gegenwart jede Berechtigung verloren, wie sie durchaus keinen Halt im Gesetze findet.

Dr. Puchelt.

V.

Rechnersuntreue und Fälschung. Schadensersatz. Stellvertretende Strafe für Dienstentsetzung.

Annalen XXI. S. 128. XXII. S. 117. 373.

Posterpeditor Ludwig Knörzer, der nur widerruflich angestellt war, wurde vom Hofgericht des Seekreises der Rechnersuntreue, theilweise verübt unter Anwendung von Fälschungen und anderen Täuschungsmitteln, im Betrage von 382 fl. 53 kr. sowie des Verbrechens des Betrugs im Betrage von 67 fl. 12 kr. zum Nachtheil des großh. Aerars sowie an Privaten für schuldig erklärt, deßhalb in eine Gefängnißstrafe und statt der Dienstentsetzung in eine stellvertretende weitere Gefängnißstrafe, sodann noch in eine Geldstrafe verfällt.

Hiegegen ergriff er den Rekurs, seine Beschwerde auf die Thatsache des noch im Laufe der Untersuchung geleisteten vollständigen Ersatzes derjenigen Geldsummen gründend, für deren Betrag er der im hofgerichtlichen Urtheil bezeichneten Verbrechen für schuldig erklärt wurde.

Großh. Oberhofgericht bestätigte jedoch das hofgerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen:

Es unterliegt nun zwar, insoweit es sich um das Verbrechen der einfachen Rechnersuntreue hier handelt, nach Ansicht des §. 692 St.G.B. keinem Zweifel, daß durch den von dem Schuldigen noch vor eingetretener Rechtskraft des Straferkenntnisses ganz oder theilweise geleisteten Ersatz der veruntreuten Gelder die durch das genannte Verbrechen nach §. 687 und 690 verwirkte Freiheitsstrafe gänzlich oder theilweise aufgehoben wird.

Die Wirksamkeit dieses gesetzlichen Strafbefreiungsgrundes erstreckt sich jedoch einer Seits schon überhaupt nicht auf die im §. 687 neben der Freiheitsstrafe noch weiter bestimmte besondere Strafe der Dienstentlassung oder Dienstentsetzung und deren Surrogat; anderseits aber findet derselbe zufolge §. 693 insbesondere dann, wenn der Schuldige, zur Verübung oder Verbergung der Rechnersuntreue falsche Einnahms- oder falsche Ausgabsbelege gefertiget oder ächte verfälscht hat, auf die hiermit erwirkte Strafe der Fälschung nur insoweit Anwendung als bei deren Festsetzung der noch rechtzeitig geleistete Ersatz blos als Strafminderungsgrund gelten und die Strafe dieses Verbrechens selbst vorbehalten sein soll. Da nun dem Rekurrenten außer den Eingriffen in das Kassenvermögen, welche unter den Begriff der einfachen Rechnersuntreue fallen, und deren Betrag bei Ausmessung der den Angeschuldigten treffenden Freiheitsstrafe schlechtbin außer Berechnung gelassen wurde, noch weitere Fälle von Veruntreuung an dem seiner Verwaltung anvertrauten Staatsvermögen zur Last liegen, welche mit dem Verbrechen der Fälschung von Rechnungsbelegen verbunden waren und derselbe überdies in einer Reihe von andern Fällen seine Dienststellung zur Verübung des gemeinen Verbrechens des Betrugs, verübt an dritten Personen durch Anforderung und den Bezug übermäßiger Gebühren zu eigenem Vortheil mißbraucht hat, dessen Strafbarkeit ebensowenig als jene der vorliegenden Fälschungen durch den bereits geleisteten Ersatz beseitigt werden konnte, so erscheint der Angeschuldigte durch die gegen ihn ausgesprochene Geld- und Gefängnißstrafe und die stellvertretende Strafe für die bei ihm wegen Mangels ständiger Anstellung nicht anwendbare Strafe der Dienstentsetzung nach Ansicht der §§. 423. 443. 479. 450. 403 Ziffer 2. 703 verglichen mit 672, sowie der §§. 171. 172. 687. 693. 150. 151 Ziff. 1 und 2 169. 704. St.G.B. überall nicht als beschwert.

Hgr.

VI.

Die Haftbarkeit des Pfandgerichts wegen übermäßiger Schätzung (L.R.S. 2127 a) wird dadurch, daß die Unterpfänder in Folge schlechter Unterhaltung oder in Folge von Naturereignissen oder durch das Sinken der Preise einen geringeren Werth haben, und dadurch, daß bei einer anderen Art der Vornahme der Zwangsversteigerung oder Wiederveräußerung von Seiten des steigernden Gläubigers ein größerer Erlös erzielt worden wäre, weder aufgehoben noch gemindert.

Der Kläger, Hofrath von Auer in Baden, hatte am 7. April 1851 dem † Küfer Karl Litterst 2100 fl. verzinslich à 5 pCt. und gegen unterpfändliche Sicherheit dargeliehen und fiel in dessen Gant mit 806 fl. 12 kr. einschließlich der bis 1. Juni 1855 berechneten Zinsen in Verlust.

Die beklagten Mitglieder des Pfandgerichts in Ortenberg hatten die Liegenschaften für 4183 fl. geschätzt Außerdem war ein in Offenburg gelegenes Gut mit verpfändet, welches für 240 fl. vom dortigen Pfandgericht geschätzt war. Aus allen diesen Liegenschaften sind in der Vollstreckungsversteigerung, wobei dieselben nochmals und zwar die Ortenberger Güter zu 1969 fl. und das Offenburger Grundstück zu 200 fl. geschätzt wurden, nur 1500 fl. erlöst worden.

Der Kläger nahm den Rückgriff auf das Pfandgericht von Ortenberg,

1) weil ein älteres Pfandrecht verschwiegen worden war, in Folge dessen er als Steigerer 25 fl. 38 kr. herauszahlen mußte;
2) weil der unter dem verpfändeten Wohnhaus befindliche Balkenkeller als ein unzerstörbares Gebäude besonders zu 450 fl. eingeschätzt wurde, *)
3) wegen Ueberschätzung überhaupt im Betrag von beiläufig 2572 fl.

Die Beklagten anerkannten ihre Entschädigungspflicht bezüglich des Postens von 25 fl 38 kr., worüber kein Streit mehr war, bestritten aber die Ueberschätzung, welche zum Beweise ausgesetzt, und von den Sachverständigen in der Weise bestätigt wurde, daß sie die Offenburger Liegenschaft für richtig tarirt, die übrigen Grundstücke aber um 1082 fl. überschätzt erklärten. Daraufhin verurtheilte das Amt die Beklagten wegen der Ueberschätzung zur Bezahlung einer Entschädigung von 475 fl. 49 kr. nebst Zinsen, wogegen die Beklagten appellirten, indem sie namentlich geltend machten, daß seit der Verpfändung das Haus und der Keller durch mangelhafte Unterhaltung im Werthe verringert, die Rebstücke überhaupt im Preise gesunken, zwei Grundstücke aber in Folge eines Erdbruchs fast bis zur Werthlosigkeit zerstört worden seien, und endlich daß der Kläger, welcher seine Unterpfänder an sich gesteigert und inzwischen weiter verkauft hatte, durch eine andere Art der Veräußerung einen größeren Erlös erzielt, auch eine andere Art der Vornahme der Zwangsversteigerung ein günstigeres Ergebniß geliefert haben würde.

Das mittelrheinische Hofgericht erließ jedoch am 14. Dezember v. J. ein bestätigendes Urtheil aus folgenden

*) Wahrlich ein starkes Stück von Pflichtwidrigkeit eines Ortsgerichts!

D. E.

Gründen:

In Erwägung, daß die nach dem Gutachten der Sachverständigen auf 3100 fl. zu schätzenden Unterpfänder von den beklagten Pfandgerichtsmitgliedern auf 4183 fl. (abzüglich eines in Offenburger Gemarkung gelegenen Grundstücks von 240 fl.) geschätzt worden sind, weßhalb eine Ueberschätzung von 1083 fl. vorliegt, welche den auf 806 fl. 12 kr. ansteigenden Schaden des Pfandgläubigers übersteigt;

In Erwägung, daß die aus unrichtiger Abschätzung hervorgehende Haftbarkeit der Pfandgerichtsmitglieder für den Schaden des auf eine gewissenhafte und geschäftskundige Schätzung vertrauenden Gläubigers weder durch eine vom Schuldner herbeigeführte, noch auch durch eine zufällige, ohne Zuthun des Gläubigers entstandene Verschlechterung der Unterpfänder aufgehoben oder in ihrer rechtlichen Wirksamkeit gemindert werden kann, indem die beklagten Pfandgerichtsmitglieder zwar nicht für Zufälle und fremde Handlungen, wohl aber für ihre eigene gesetzwidrige Handlungsweise und die hieraus zunächst entspringende Beschädigung, gleichviel ob dieselbe durch etwa erwartete Mehrerlöse hätte abgewendet werden können aber in der That nicht abgewendet wurde, bis zum Betrag der nachgewiesenen Unrichtigkeit haftbar bleiben;

In Erwägung, daß zudem die angeblich nachtheiligen Wirkungen von Naturereignissen (Erdbrüchen!!) und zerstörenden Einwirkungen des Schuldners aller thatsächlichen Begründung entbehren, auch bei der erwiesenen enormen Ueberschätzung und falschen Beurkundung als leere Ausflüchte zur Abwendung einer gerechten Ersatzpflicht erscheinen;

In Erwägung, daß die Haftbarkeit der Beklagten davon nicht berührt wird, ob der Pfandgläubiger die Unterpfänder einzeln oder im instructionsmäßigen Klumpenverkauf versteigert habe und um welchen Preis er dieselben weiter verkaufen oder nicht verkaufen will, daß vielmehr die Beklagten ihr Interesse bei der Steigerung selbst dadurch hätten wahren können und sollen, daß durch Erzielung eines ihrer Schätzung entsprechenden Erlöses die nachtheiligen Folgen der Ueberschätzung wieder beseitigt worden wären;

In Erwägung, daß die Beklagten hiernach durch das amtliche Urtheil keineswegs beschwert erscheinen, und wegen der Kosten in Anwendung des §. 97. 168 Pr.O. ist, wie oben bemerkt, bestätigend erkannt worden. F.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 9.

I.

Ueber die Wirkung einer entschiedenen Sache.

(Aus Marcadé: explication du Code civil.)

§. 1.

Einen der Grundpfeiler der gesellschaftlichen Ordnung enthält die gesetzliche Regel, wornach die Wahrheit einer jeden gerichtlichen Entscheidung vermuthet wird, so augenscheinlich und plump auch der Irrthum des Richters in der Wirklichkeit sein mag; — mit Recht wurde zu allen Zeiten der Grundsatz aufgestellt: Res judicata pro veritate habetur.

Die Frage, wann eine res judicata vorliege, ist gewiß eine sehr einfache, und dennoch bestritten. Der gesunde Menschenverstand sagt es, im Einklange mit dem Gesetzestexte und nach dem Vorgange Pothiers deutlich, daß, sobald ein Urtheil gesprochen, sobald der streitige Punkt gerichtlich entschieden ist, eine res judicata vorliegt. Allerdings ist es häufig möglich und zuweilen selbst sehr leicht, die Aufhebung dieses Urtheils zu erwirken und es durch ein widersprechendes Urtheil ersetzen zu lassen. Angefochten können die Urtheile werden, bald auf den sog. ordentlichen Wegen (das sind die Opposition und die Appellation), deren Wirkung darin besteht, daß sie die Sachen durch die blose Anzeige des Rechtsmittels, und ehe eine Verfügung darauf ergangen ist, zu streitigen machen, bald auf den außerordentlichen Wegen (wohin das Rechtsmittel der Cassation gehört), welche dem Urtheile seine volle Kraft bis zu dem Augenblicke belassen, wo die zuständige Behörde ihm solche entzieht. Wenn aber auch ein Urtheil unter Umständen mehr oder weniger leicht aufgehoben werden kann, wenn man auch in dieser Beziehung drei Klassen von Urtheilen unterscheiden muß, (solche, die durch ein ordentliches Rechtsmittel angefochten werden können; solche die nur ein außerordentliches, und solche, die gar kein Rechtsmittel zulassen), so ist es um nichts weniger einleuchtend, daß, so lange der entschiedene Punkt entschieden bleibt, so lange die Sache nicht wieder in Frage gestellt wird, ein Urtheil vorliegt, der von dem Gerichte erlassene Ausspruch ist res judicata, und muß somit pro veritate haberi.

Klar ist es übrigens, daß eine entschiedene Sache nur in dem verfügenden Theile des Urtheils, und nicht in dessen Gründen liegt (als welche hierbei nur zum Zwecke der Erläuterung des Sinnes einer dunkeln Verfügung zu Rathe gezogen werden können); und nur in den Parthien dieses verfügenden Theils, welche diesen Namen die Wahrheit verdienen, indem sie den Streit entscheiden, und nicht in denen, welche nur blose Erzählungen enthalten.

Jede Klage (mag sie von einem ursprünglichen Kläger, oder von einem Beklagten herrühren, der erst durch Einreden zum Kläger wird), welche darauf abzielt auf anderen als den speciellen Wegen der Rechtsmittel, wie solche das Gesetz zuläßt, einen schon entschiedenen Punkt wieder in Frage zu stellen, muß also verworfen werden. Nach welchen Regeln hat man aber zu bestimmen, ob die in einem zweiten Prozesse erhobene Streitfrage für die nemliche angesehen werden müsse, welche im ersten Prozesse schon entschieden wurde? .... Das Gesetz verlangt hierzu drei Erfordernisse: 1) muß der Gegenstand der Klage der gleiche sein; 2) muß sich diese Klage auf den gleichen Grund stützen; 3) muß sie unter den nemlichen Parteien angestellt werden. Also Gleichheit des Gegenstandes, Gleichheit des Klagegrundes, Gleichheit der Parteien sind die drei Voraussetzungen, mit denen wir uns in der angegebenen Reihenfolge beschäftigen wollen.

§. 2.

Gleichheit des Gegenstandes. Dieser erste

Begriff ist so leicht verständlich, als er nur sein kann; und wenn er dennoch schwierig erscheint, so ist dies eine Folge der falschen Erläuterungen der Ausleger, welche ihn undeutlicher gemacht haben, wie sie denn auch den zweiten viel schwieriger gemacht haben, als er an und für sich ist.

Man bildete sich ein, die Regel von der Gleichheit des Gegenstandes müsse ihre Erläuterung in den Grundsätzen finden: Pars in toto — Non in parte totum. Dem zu Folge stellte man die Behauptung auf, daß derjenige, welcher mit seiner Klage auf das ganze unterlegen sei, auch keinen blosen Theil mehr fordern könne; und daß dagegen derjenige, welcher mit seinem Anspruche auf einen Theil unterlegen, füglicher Weise auf das Ganze klagen könne. Wenn z. B. das Urtheil so laute: Der Peter hat kein Recht über mein Grundstück zu gehen und zu fahren; dann könne Peter auch mit seinem Anspruche auf einen blosen Fußweg nicht ferner gehört werden; laute dagegen das Urtheil: er hat kein Recht darüber zu gehen, dann könne noch über sein Recht darüber zu gehen und zu fahren abgeurtheilt werden!

Der gesunde Menschenverstand spricht laut dafür, daß gerade im Gegentheile die Wahrheit liegt; daß man da wo es zweifelhaft ist, ob der jetzt geforderte Gegenstand schon durch das vorhergehende Urtheil abgesprochen worden sei oder nicht, ein ganz einfaches Mittel anwenden, d. h. das abgeurtheilte Begehren mit dem, das abgeurtheilt werden soll, vergleichen muß, um zu ermessen, ob unter ihnen ein Widerspruch herrsche oder nicht; mithin kann der, welcher (in dem Prozesse, in dem er unterlag) das Wegerecht zum Gehen und Fahren verlangte, immerhin noch einen blosen Fußpfad beanspruchen; während der, welcher den Fußpfad verlangte, das Wegerecht zum Fahren und zum Gehen nicht ansprechen kann; mit einem Worte, der, welchem das Recht auf das Ganze abgesprochen wurde, kann allerdings ein Recht auf irgend einen Theil haben, dagegen kann der, welchem das Recht auf einen Theil abgesprochen worden ist (und der ganz füglich einen Anspruch auf die anderen Theile haben kann), kein Recht auf das Ganze haben.

§. 3.

Gleichheit des Klagegrundes. Die Frage, was man unter dem Grunde einer Klage zu verstehen habe — an sich schon kitzelig genug, ist durch die absonderlichen Erläuterungen der Ausleger noch viel schwieriger geworden. Die einen haben den Grund mit seiner Begründung, und die anderen in grobem Irrthume sogar mit dem Gegenstande vermengt.

Dieser letzte und plumpe Irrthum ist leicht zu vermeiden; denn der Gegenstand der Klage ist das, wornach der Kläger strebt, die Sache, welche er erlangen will, während der Grund dieser Klage das Fundament ist, auf welches er sich stützt um diese Sache zu fordern; so daß man Gegenstand und Grund, durch die Beantwortung der beiden Fragen: Was fordert der Kläger? .... Auf was stützt er seine Forderung? .... leicht von einander unterscheiden kann.

Allerdings kann die Klage mehrere Gegenstände haben, von denen der eine aus dem anderen fließt. Bei der Klage auf Umstoßung eines Kaufs wegen Verkürzung, z. B. hat die Klage zunächst die Vernichtung des Kaufsvertrags und dann noch außerdem die Wiedererlangung des verkauften Gutes zum (entfernteren und aus dem ersten entspringenden) Gegenstande. Diese mögliche Mehrheit der Gegenstände hindert aber nicht den Gegenstand einer Klage von deren Grunde gehörig zu unterscheiden; weil ein Gegenstand (wenn er auch andere Gegenstände, die aus ihm entspringen, in seinem Gefolge hat) sich immer und nothwendig aus der Antwort auf die Frage: was wird gefordert? ergibt, während dies beim Klagegrund nicht der Fall sein kann: Der Gegenstand ist immer und der Grund ist nie das, was der Kläger verlangt.

Wenn es demnach gar leicht ist den Gegenstand von dem Grunde zu unterscheiden, so ist es doch weniger leicht diesen Grund nicht mit seiner Begründung zu verwechseln, weil eben die Begründung selbst ein (entfernterer) Grund ist, und der Grund eine Begründung (die nächste von allen). Jedoch wird der Unterschied bei ein wenig Nachdenken und durch die Andeutungen, die so eben in Parenthese gegeben wurden, leicht faßlich. Grund nennt man speciell die Begründung, die Grundlage der Klage, welche der natürliche Gedankengang die erste nennt, diejenige, welche die unmittelbare Basis des Anspruchs ausmacht; und man behält den Gattungsnamen Begründung allen denen vor, welche entfernter liegen. Bei den drei Klagen auf Nichtigkeit z. B., deren eine wegen Irrthums, die andere wegen Zwangs, die dritte wegen Betrugs angestellt wird, liegt immer das unmittelbare Fundament in dem Ungenügendsein der Einwilli-

gung, einem Ungenügendsein, welches hier aus dem Irrthume, dort aus dem Zwange oder aus dem Betruge entspringt; hieraus folgt nun, daß alle drei Klagen auf einem und demselben Grunde beruhen und nur in ihrer Begründung verschieden sind.

§. 4.

Demnach ist es, um eine richtige Anwendung des zweiten, zum Eintritte der Wirkung einer rechtskräftig entschiedenen Sache wesentlichen Erfordernisses zu erzielen, hinreichend, wenn man festhält, daß das Gesetz nur die Gleichheit des Klaggrundes verlangt, ohne auf die Verschiedenheit in dessen Begründung irgend Rücksicht zu nehmen. Die Regel scheint auf den ersten Anblick allerdings der Natur und der Billigkeit wenig zu entsprechen. Es scheint sehr hart, daß derjenige, welcher z. B. unterlegen ist, indem er sich auf einen Irrthum stützte, einen Betrug nicht mehr geltend machen kann, der nicht in Frage gekommen war, und den er vielleicht selbst nachher entdeckt hat; diese Strenge findet aber, wie viele andere, ihre Erklärung in der Aufopferung des Sonderinteresse für das Gemeinwohl. Wollte man hier etwas Anderes, als den Klagegrund im eigentlichen Sinne in Betracht zu ziehen gestatten, so müßte man neue Prozesse über alle neuen Begründungen, so entfernt sie auch sein mögen, zulassen, und würde dadurch die gerichtlichen Entscheidungen dahin bringen, daß sie immer fürsorglich bleiben, und somit eine der Säulen der gesellschaftlichen Ordnung umstoßen; es ist Sache desjenigen, der eine Klage anstellt, alle Umstände des Falles zu prüfen, um nichts Entscheidendes zu übersehen.

Das Gesetz läßt übrigens von der vorliegenden Regel, weder im einen noch im andern Sinne, eine Ausnahme zu. Einerseits ist also eine neue Klage immer zulässig, wenn sie sich auf einen anderen Grund als die erste stützt, bei dinglichen wie bei anderen Klagen, obgleich es in Rom zuweilen anders war. Andrerseits ist die zweite Klage immer unzulässig, so wie sie sich auf den gleichen Grund stützt, mag dieser auch in einer Klage anderer Art eingeführt werden, denn das Gesetz verlangt nicht vier Erfordernisse zum Eintritt der Wirkungen einer rechtskräftig entschiedenen Sache; sowie der Grund der gleiche ist (und Gegenstand und Personen auch dieselben sind), kann die zweite Klage nicht angestellt werden.

§. 5.

G l e i c h h e i t d e r P a r t e i e n. Wenn die rechtskräftig entschiedene Sache in gesetzlichem Sinne eine Wahrheit ist, so ist sie doch nur eine relative Wahrheit, die sich auf die Personen beschränkt, unter denen das Urtheil gesprochen worden ist. Zur juristischen Gleichheit der Personen fordert das Gesetz mit Recht nicht allein Gleichheit der Parteien, sondern auch daß diese in der gleichen Eigenschaft auftreten.

Wenn (zur Verdeutlichung des letzteren Falles) z. B. Peter im ersten Prozesse proprio nomine handelte, und im zweiten als Vormund eines Mündels auftritt, dann liegt keine Gleichheit der Parteien vor, weil zuerst der Peter Kläger war, und jetzt der Mündel, dessen Werkzeug der Peter ist. Es kann sogar durch die Verschiedenheit der Eigenschaften zuweilen die juristische Gleichheit wegfallen, obgleich die Person in beiden Fällen auf eigene Rechnung handelt. Dies ist der Fall wenn der streitende Theil im zweiten Prozesse als der Erbe einer Person auftritt, welche er zur Zeit des ersten noch nicht beerbt hatte: dieser streitende Theil ist dann bezüglich der auf ihm ruhenden Rechte und Verbindlichkeiten nicht mehr die gleiche juristische Person wie früher.

Wir sagen wenn der streitende Theil in seiner Eigenschaft als Erbe einer Person auftritt, w e l c h e e r z u r Z e i t d e s e r s t e n P r o z e s s e s n o c h n i c h t b e e r b t hatte. Wenn die im zweiten Prozesse geltend gemachte Eigenschaft schon während des ersten bestanden hat, dann kann man in der That nicht ferner behaupten, die Person sei nicht mehr die gleiche, weil Nichts eingetreten ist, was deren Stand geändert hätte: der Umstand, daß Du Dich das erste Mal nicht auf diese Dir zustehende Eigenschaft berufen hast, kann offenbar nicht hindern, daß diese Eigenschaft Dir nicht dennoch zugestanden und Deine Lage sich nicht geändert hat. Wenn jedoch die Eigenschaft, auf welche man im zweiten Streite zum ersten Male baut, der Klage einen neuen Grund (oder einen neuen Gegenstand) verleiht, wie es bisweilen vorkommen kann, dann haben wir natürlich keine abgeurtheilte Sache mehr; das liegt jedoch einzig nur am Mangel der Gleichheit des Grundes (oder des Gegenstandes), keineswegs aber am Mangel der Gleichheit der Partei.

§. 6.

Wenn, wie wir gesehen haben, juristische Verschiedenheit der Personen trotz ihrer physischen Gleichheit vorhanden sein kann, so kann umgekehrt auch juristische Gleichheit trotz der physischen Verschiedenheit der Einzelnen stattfin-

den. Damit ist gesagt, daß ich ganz füglich, ohne selbst in einem Prozesse aufgetreten zu sein, darin durch den Handelnden vertreten worden sein kann, so daß ich in gesetzlichem Sinne nur eine Person mit ihm ausmache. So wird der Mündel von seinem Vormünder vertreten; der Erbe und alle anderen allgemeinen Nachfolger, durch ihren Vorfahrer; die Handschriftsgläubiger durch ihren Schuldner; der Einzelnerwerber durch den Veräußerer, in Bezug auf das, was zu dem erworbenen Gute gehört, aber nur was das betrifft, was der Veräußerer vor der Veräußerung gethan hat, so daß der Erwerber vom Veräußerer bei den Klagen, welche dieser etwa nach der Veräußerung anstellt, nicht ferner vertreten wird.

Der Gerichtsgebrauch wendet diese Regel sogar auf die Klagen an, welche zwar schon angestellt, aber im Augenblicke der Veräußerung noch nicht beendigt sind. Das ist unrichtig, und man muß mit den Schriftstellern anerkennen, daß eine Vertretung in diesem Falle stattfindet. Mit der Anstellung der Klage entsteht der gerichtliche Halbvertrag; und der Erwerber, der erst nach der Entstehung dieses Halbvertrags den Vertrag schließt, macht sich dadurch verbindlich, die Folgen aus demselben zu übernehmen, wie er auch die einer Uebereinkunft übernehmen müßte.

§. 7.

Während der Gerichtsgebrauch demnach die Vertretung in einem Falle verwirft, wo die gesetzlichen Regeln sie zulassen, hat er in einem umgekehrten Irrthume sie bis jetzt in einem Falle zugelassen, wo diese Regeln deren Verwerfung gebieten. Wir meinen den Unterpfandsgläubiger von dem der Gerichtsgebrauch sagt, er werde von seinem Schuldner in den Prozessen vertreten, welche dieser nach der Eintragung des Unterpfandsrechts bezüglich des Eigenthums des verpfändeten Gutes führe. Diese Ansicht, die nur aus einem offenbaren Mangel der Prüfung entspringt (denn dieser Punkt wurde erst, nach allen den über die Frage erlassenen Bescheiden, ernstlich behandelt), diese Ansicht widerstrebt nicht nur den Bedürfnissen der Gesellschaft und ist geeignet den öffentlichen Credit zu erschüttern, sondern sie ist auch eine offenbare und handgreifliche Verletzung der Grundregel des Gesetzes.

Da das Unterpfand ein dingliches Recht ist, ein Recht, das, ohne das Eigenthum an der Liegenschaft zu zertheilen, solches doch nicht unberührt läßt, ein Recht, welches den Gläubiger in unmittelbare Verbindung mit der Liegenschaft und nicht mit der Person des Schuldners setzt, ein Recht, dessen absolute Existenz von dem späteren Willen dieses Schuldners unabhängig ist, und welches dem Vermögen des Gläubigers eine unwiderrufliche Gewalt über das verpfändete Gut verschafft, wie kann da der Schuldner, wie kann ein ganz Anderer als der Gläubiger, der allein Herr dieses Rechtes ist, darüber verfügen, oder es in irgend einer Weise auf das Spiel setzen? . . . . Wenn der Schuldner das Unterpfand im Prozesse auf das Spiel setzen dürfte, so müßte er auch (das getraut man sich jedoch nicht zu sagen) das Recht haben, es in einem Vertrag auf das Spiel zu setzen; denn wenn der Gläubiger Rechtsnachfolger von dem Schuldner ist, der prozessiret, so ist er es offenbar auch von dem Schuldner, welcher einen Vertrag schließt.... Vergebliche Mühe wäre es durch einen handgreiflichen Trugschluß diesen angeblichen Unterschied aus dem Umstande erläutern zu wollen, daß ein Urtheil den Rechten nur Anerkennung verschaffe, während ein Vertrag sie erzeuge; denn abgesehen davon, daß diese Beweisführung im Grunde nur ein unzuläßiger Zirkelschluß ist (weil die Frage sich gerade darum dreht, ob das gegen den Schuldner erwirkte Urtheil auch gegen den Unterpfandsgläubiger gelte), wäre das Urtheil auch dem Erwerber eines Theils oder der Ganzheit der Liegenschaft gegenüber eben so gut ein rein anerkennendes, als dem gegenüber, welchem ein Unterpfand verwilligt worden ist.... Das Wahre, das so offenbar wahr ist, daß man staunt, wie es hat verkannt werden können, liegt darin, daß jeder Erwerber (sei es eines Unterpfands oder einer Dienstbarkeit, oder eines abgetheilten oder unabgetheilten Theils einer Liegenschaft, oder einer ganzen Liegenschaft) nur in Bezug auf das der Rechtsfolger seines Vorfahrers ist und von ihm vertreten wird, was, durch Urtheil oder Vertrag, vor dem Erwerbe geschah, und nicht in Bezug auf das, was erst später vor sich gegangen ist.

§. 8.

Es gibt gewisse Klassen von Personen, welche in Folge des Verhältnisses, in dem sie zu einer anderen stehen, von diesen in gesetzlichem Sinne bei den Urtheilen vertreten werden, welche ihnen vortheilhaft sind, während sie bei denen, die ihnen schädlich sind, nur als dritte dastehen; und zwar darum, weil die Person, welche den Prozeß geführt hat, in ihrer Stellung zu derjenigen, welcher das Urtheil entgegen gehalten werden will, den Auftrag hatte,

deren Lage zu verbessern und nicht den, solche zu verschlimmern.

Der Grundsatz übrigens, daß die absolute Vermuthung der Wahrheit der entschiedenen Sache für diejenigen nicht gelte, welche bei dem Urtheile als Betheiligte, weder selbst noch durch Andere aufgetreten sind, hängt nicht, wie man zuweilen gesagt hat, von der Erhebung einer Einsprache ab. Die Einsprache hat nicht den Zweck darzuthun, daß man in Bezug auf ein Urtheil als Dritter anzusehen sei, sondern vielmehr den Vollzug zu verhindern; sie betrifft nicht die rechtliche, sondern die Vollzugs-Wirksamkeit; und weit entfernt, daß der Beweis der Eigenschaft eines Dritten von einer Einsprache abhängig wäre, hängt vielmehr die Einsprache von diesem Beweise ab. Die Frage, ob der Zweck, den die Einsprache anstrebt, nicht ohne sie erreichbar sei, muß mit Unterscheidung beantwortet werden. Im Allgemeinen wird die Antwort bejahend ausfallen; es gibt aber einen besonderen Fall, wo die Einsprache für den Dritten zur Nothwendigkeit wird: er liegt da vor, wo das Urtheil dem gegenüber, gegen den es erwirkt worden ist, nicht vollzogen werden könnte, ohne damit und nothgedrungen auch gegen diesen Dritten vollzogen zu werden.

§. 9.

Einfluß strafrechtlicher Urtheile auf den bürgerlichen Rechtspunkt. — Das Vereinigtsein der drei Erfordernisse: Gleichheit des Gegenstandes, Gleichheit des Grundes und Gleichheit der streitenden Theile verlangt das bürgerliche Gesetzbuch offenbar nur in dem Falle, wo es sich um zwei bürgerliche Klagen handelt; und wenn durch eine strafrechtliche Entscheidung die Frage abgeurtheilt worden ist, welche sich jetzt bei einem bürgerlichen Gerichte erhebt, so kann ganz füglich hier die Vermuthung der Wahrheit der entschiedenen Sache eintreten, obgleich dieses Zusammentreffen der drei Erfordernisse hierbei unmöglich ist.

Dieses Zusammentreffen, sagen wir, ist hierbei unmöglich. In einem derartigen Falle kann keine Gleichheit der Betheiligten stattfinden; daraus, daß der Staatsanwalt die Geldentschädigung wegen des verursachten Nachtheils für den durch eine Uebelthat Verletzten nicht hat verlangen können, und dieser Verletzte kein anderes Recht hat, als eben auf diese Geldentschädigung, folgt, daß der Staatsanwalt das Recht dieser Person nicht hat geltend machen, mit anderen Worten, diese nicht hat vertreten können. Eben so wenig kann hier eine Gleichheit des Gegenstandes vorliegen; weil dieser Gegenstand im Strafrecht nur die Verhängung einer Strafe, dagegen im bürgerlichen Rechte nur die Zahlung einer Entschädigung sein kann, und es widersinnig wäre, zu behaupten, die Todes- oder Zuchthausstrafe, welche der Staatsanwalt beantragte, und die Thaler, welche ich fordere, seien ein und dasselbe. Wenn auch die Gleichheit der Betheiligten und eine Gleichheit des Gegenstandes hiernach nicht vorliegen, so liegt darin, was auch der größere Theil der Schriftsteller dagegen sagen mag, doch kein Grund für den Schluß, den andere gezogen haben, daß die Wirkung der rechtskräftig entschiedenen Sache hier nicht eintrete; denn, um es nochmals zu wiederholen, die drei Erfordernisse sind nur da vorgeschrieben, wo es sich um zwei bürgerlich rechtliche Entscheidungen handelt. Der klare Verstand sagt es schon, daß der, über welchen, dem Vertreter der Gesellschaft gegenüber, ein Urtheil dahin gefällt worden ist, daß die That, deren er beschuldigt wurde, nicht vorliege, auf den Grund dieser angeblichen That fernerhin keinerlei Verurtheilung ausgesetzt sein kann; und daß umgekehrt der, welcher nach einer unter den vorgeschriebenen Garantieen geführten Vertheidigung eines Verbrechens ausdrücklich für schuldig erklärt wurde, im gesetzlichen Sinne nicht behaupten kann, er sei unschuldig. Auch mehr als eine Bestimmung des Gesetzes offenbart deutlich die Absicht des Gesetzgebers, daß die im Strafrechte entschiedene Sache ihre ganze Kraft im bürgerlichen Rechte behalten solle. *)

Nur weil man hierbei das Zusammentreffen der erwähnten drei Erfordernisse nicht verlangen kann, ist es offenbar nothwendig, daß der Punkt, den man durch das Strafurtheil darthun will, auch der sei, den dieses Urtheil entschieden, und daß er zu denen gehöre, worüber die Strafgerichtsbarkeit zu sprechen die Befugniß hat. Da aber die Amtsbefugniß eines Strafgerichts sich nur auf die Entscheidung erstreckt, ob die dem Angeschuldigten vorgeworfene Handlung vorliege, ob der Angeschuldigte deren Urheber sei und ob diese That ihm aus dem Gesichtspunkte des Strafgesetzes und als Verbrechen des Strafrechtes zugerechnet werden könne, und nicht auch darauf, ob diese That ein Vergehen des bürgerlichen Rechts oder ein Versehen enthalte, — aus dem Allem folgt, daß eine

*) Obergerichtliche Entscheidungen in diesem Sinne enthalten die Annalen XV. No. 20. S. 141., XVI. No. 16. S. 105., XVII. No. 2. S. 14. D. R.

Person, welche der fahrlässigen Tödtung nicht schuldig erklärt wurde, auf dem bürgerlichen Wege ganz füglich als eines Versehens schuldig, zur Entschädigung verurtheilt werden kann. Es gibt in der That Stufen in der Fahrlässigkeit, und man kann nicht fahrlässig genug gewesen sein, um Gefängniß zu verdienen, während man es hinreichend war, um zu einer bürgerlichen Entschädigung verbunden zu sein.

A. Pfaff.*)

II.

Ueber die Beweislast bei qualificirten Geständnissen. Zur Auslegung der §§. 362. 363 der Pr.O.

(Jahrbücher, n. F. X. 27.)

Bendheim verlangte von Maurer die Erfüllung eines Kaufvertrags, d. h. die Zahlung des Kaufpreises, indem er behauptete, er habe dem letzteren 25 Säcke Waizen zum Preis von 22 fl. 40 kr. per Sack verkauft und dieser habe 5 fl. abschläglich bezahlt. Maurer gestand den Kauf zu, schützte aber vor, die gezahlten 5 fl. seien als Reugeld gegeben; es sei bedungen worden, wenn er innerhalb 8 Tagen den Waizen nicht in Empfang nehme, sollen die 5 fl. verfallen sein, und der Kauf als nicht abgeschlossen gelten; er habe von dem Rechte gegen Rücklassung des Reugeldes den Kauf aufzuheben, Gebrauch gemacht.

Es ward in allen Instanzen die Frage ventilirt, wen bei der Beschränkung des Geständnisses die Beweislast treffe, ob Kläger die Unbedingtheit des Rechtsgeschäftes oder Beklagter die behauptete Bedingung zu beweisen habe.

Das großh. Oberhofgericht entschied mit Urtheil vom 31. Januar 1856, daß der Beklagte die Beschränkung seines Geständnisses zu beweisen habe, aus folgenden Gründen:

Beide Theile sind in thatsächlicher Beziehung nur darüber unter sich uneinig, ob die 5 fl., welche der Beklagte unmittelbar nach Abschluß des in Frage stehenden Vertrags an den Kläger bezahlt hat, als Reugeld bedungen, oder lediglich als Abschlagszahlung auf den Preis des gekauften Waizens geleistet worden seien.

Es frägt sich daher zunächst, wer von beiden Theilen hinsichtlich dieses bestrittenen Punktes als beweispflichtig zu erachten sei, und von der Entscheidung dieser Frage hängt auch der Ausgang des ganzen Rechtsstreites ab.

Der Unterrichter erblickte in der Behauptung des Beklagten, daß die 5 fl. als Reugeld bedungen worden seien, das Läugnen eines zur Klagbegründung erforderlichen Thatumstandes, hielt deßhalb den Kläger für beweispflichtig, und gab in Folge dessen die bestrittene Thatsache ihm zum Beweise auf.

Da aber die sonstigen Beweismittel kein Ergebniß lieferten, so mußte er auf den vom Kläger dem Beklagten zugeschobenen Eid erkennen.

Mit Recht sah dagegen das großh. Hofgericht den Beklagten für beweispflichtig an.

Es ist zwar richtig, daß die Behauptung des Beklagten keine selbstständige Einrede enthält, da das Reugeld schon bei Abschluß des Kaufs ausbedungen worden sein soll, die deßfallsige Verabredung also, wenn solche wirklich getroffen wurde, eine Bedingung des Kaufvertrags selbst bildet.

Allein der Beklagte hat nicht nur nach §. 362 der Pr.O. diejenigen Thatsachen, auf welche sich seine Einreden, oder Dupliken gründen, sondern in Gemäßheit des §. 363 der Pr.O. auch die seinem Geständnisse beigefügten Beschränkungen zu beweisen, insofern dieselben nicht ein bloses Abläugnen eines Theils der thatsächlichen Behauptungen des Klägers enthalten.

Als eine derartige Beschränkung des Geständnisses erscheint aber hier gerade die mehr gedachte Behauptung des Beklagten.

Ein bloses Abläugnen eines zur Klagbegründung erforderlichen Thatumstandes ist darin nicht zu erblicken. Nach L.R.S. 1583 gilt der Kauf als abgeschlossen, sobald die Vertragspersonen über die Sache und den Preis einig sind. Die Klage erscheint daher schon durch die Behauptung hinlänglich begründet, daß eine solche Einigkeit zwischen beiden Theilen statt gehabt habe. Die Behauptung, daß keine Bedingung verabredet worden sei, ist zur Klagbegründung nicht erforderlich, sondern erst, nachdem der Beklagte die Bedingung behauptet hatte, war es Sache des Klägers, solche zu widersprechen, beziehungsweise den unbedingten Vertragsabschluß zu behaupten.

Wenn aber in der Behauptung des Beklagten weder

---

*) Referendär in Heidelberg.

eine eigentliche Einrede, noch ein Abläugnen der zur Klagbegründung erforderlichen Thatsachen zu erblicken ist, so kann darin nur eine Beschränkung des vom Beklagten abgelegten Geständnisses erblickt werden und eine solche Beschränkung hat nach §. 363 der Pr.O. der Gestehende selbst zu erweisen. K.

III.

Ueber die Befugniß der Gantmasse, einen von dem Gemeinschuldner früher abgeschlossenen Vertrag ohne dessen Zustimmung durch Uebereinkunft mit dem anderen Contrahenten aufzulösen, und so die Erlöschung einer in dem Vertrage für den Gemeinschuldner bedungenen lebenslänglichen Unterhaltsrente herbeizuführen.

Balthasar Göringer, der wohlbekannte, langjährige Inhaber des Bads Rippoldsau, schloß unterm 13. November 1851 mit seinem Neffen und Stiefsohn Fritz Göringer in öffentlicher Urkunde einen Vertrag ab, wodurch sämmtliche ihm an diesem Bade zustehenden Rechte dem Fritz Göringer um die Summe von 15,225 fl. 37 kr. überlassen, dieser Kaufpreis jedoch mit des Letzteren gleich großen Forderungen an Balthasar Göringer wettgeschlagen, und schließlich bestimmt wurde, daß derselbe dem Balthasar Göringer zu seinem Lebensunterhalt eine lebenslängliche jährliche Rente von 500 fl., und zwar erstmals auf 13. November 1852 zu bezahlen habe.

Auf Grund dieses Vertrags erhob nun Balthasar Göringer gegen Fritz Göringer Klage auf Bezahlung dreier verfallener Jahresbeträge und auf Anerkennung des Rechts zum Bezuge dieser Leibrente, wogegen der Beklagte unter Anderm einwendete, daß durch Uebereinkunft mit dem Kläger der Vertrag vom 13. November 1851 wieder aufgelöst worden sei, und daß er, als später der Kläger in Gant gerathen sei, zur Beseitigung entstandener Streitigkeiten einen Vergleich abgeschlossen habe, wonach er auf seine Rechte aus dem Vertrage vom 13. November 1851 verzichtet, die Gantmasse des Klägers aber ihm alle daraus abfließenden Verbindlichkeiten erlassen und die Gegenstände jenes Vertrags um die Summe von 15,000 fl. verkauft habe. Der Kläger bestritt dies nicht nur in thatsächlicher Beziehung, sondern wendete auch ein, daß seine Gantmasse nach Pr.O. §. 989 und nach L.R.S. 2046 a nicht befugt gewesen sei, ihm das Recht der Leibrente zu vergeben. Nichts desto weniger wurde der Kläger mit seinem Anspruche in beiden Instanzen abgewiesen.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Aus den vom Beklagten vorgelegten Briefen des Klägers, sowie aus der Motivirung seiner Insolvenz-Anzeige und aus den Antworten in der Untersuchung ergibt sich unzweifelhaft die Geneigtheit des Klägers, auf den Vertrag vom 13. November 1851 zu verzichten, und wenn mit in Folge dessen der Beklagte sich ebenfalls später veranlaßt sah, von diesem Vertrage zurückzutreten, und später durch Verhandlungen mit der Gantmasse des Klägers unter Aufhebung des Vertrags sich die fraglichen Gegenstände wieder erwarb, so liegt auch zwischen den beiden jetzt streitenden Theilen eine Uebereinstimmung wegen Auflösung des Vertrags vor, wodurch dieser auch zwischen ihnen als aufgehoben erscheint.

Die Einrede der Auflösung des Vertrags ist jedoch auch auf die Behauptung des Beklagten gestützt, daß der Vertrag durch die von ihm mit der Gantmasse des Klägers getroffene Uebereinkunft beseitigt worden sei. Dabei wirft sich zuerst die Frage auf, ob die Gantmasse zu einer solchen Uebereinkunft befugt war? Nach §. 788. 800 Pr.O. gehört alles Vermögen des Cridars der Gantmasse und kann dieselbe hierüber zu ihrer Befriedigung verfügen. Zu den Vermögensrechten gehört aber auch das Recht, einen Vertrag aufzulösen, um gegen Verzicht auf die dadurch erlangten Vortheile die dafür hingegebenen Objekte wieder zu erlangen. Nun hat der Vertrag vom 13. November 1851 die doppelte Bestimmung, die Schulden des Klägers an Beklagten zu fixiren, und dieselben dadurch zu tilgen, daß der Kläger dem Beklagten gewisse Rechte und Fahrnisse verkaufte und den dafür bedungenen Kaufpreis mit den Forderungen des Beklagten wettschlug, sowie endlich, daß dem Kläger eine Unterhaltsrente verwilligt wurde. Die Auflösung dieses Vertrags ist mithin gerade von der obigen Art, daß nemlich die Gantmasse dadurch wieder in den Besitz der Kaufsobjekte gelangte. Daß auch das Recht zum Bezug der Unterhaltsrente in die Gantmasse gefallen war, ergibt sich entgegen den appellantischen Behauptungen aus Pr.O. §. 989, indem dieselbe, obgleich in dem Vertrage als ein besonderes Geding hingestellt, nach dem ganzen Inhalte desselben in

Wahrheit weiter nichts ist, als eine weitere Gegenleistung, welche sich der Kläger für die käufliche Ueberlassung seiner Rechte bedungen hatte, weßhalb sie nicht als eine Schenkung, sondern als eine Erwerbung durch belasteten Titel erscheint, mithin dem Zugriffe unterworfen ist, und wie gemäß §. 987 Pr.O. verkauft, so auch in der Weise veräußert werden konnte, daß die Gantmasse zum Zwecke der Wiedererlangung der Kaufobjekte darauf verzichtete, vrgl. L.R.S. 1265a 1981. Daß diesem Verzichte L.R.-S. 2046a nicht entgegensteht, ergibt sich schon daraus, daß für die Gantmasse diese Rente kein Recht auf künftigen Unterhalt ist, und überdies die richterliche Ermächtigung zu dem Verzichte in der ganrichterlichen Bestätigung des Vergleichs vorhanden ist.

Die Frage, ob zu dieser Veräußerung gemäß Pr.O. §. 993, die persönliche Genehmigung des Gantmanns, des jetzigen Klägers, erforderlich war, kann unerörtert bleiben, weil derselbe hierauf hätte eine besondere Schutzrede (Einsprache) stützen müssen, und diese wegen Versäumung der von Amtswegen zu prüfenden Frist des §. 927 Pr.O. erloschen wäre.

Diese demnach rechtsgültige Aufhebung des Vertrags vom 13. November 1851 ergibt sich auch aus den beiderseits angerufenen Gantakten des Klägers 2c.

Dr. Puchelt.

IV.

Literaturbericht.

Im Verlag von Ferdinand Enke zu Erlangen ist unter dem Titel: „Die **deutschen Schwurgerichtsgesetze** in ihren Hauptbestimmungen übersichtlich zusammengestellt, mit kurzem Hinweis auf fremdes, insbesondere französisches und englisches, auch schottisches und nordamerikanisches Recht, von **Eduard Brauer**, Hofgerichtsrath in Bruchsal (bisher in Mannheim)" — kürzlich eine Schrift erschienen, welche gewiß Jeder, der sich für das Institut des Schwurgerichts interessirt, willkommen heißt.

Der Verfasser, dessen „Ausbeute von Erfahrungen im Schwurgerichtssaal" als bekannt vorausgesetzt werden darf *), spricht in der Einleitung (S. 2) die Ueberzeugung aus, daß das Schwurgericht in Deutschland, wenn auch vielleicht da und dort wieder verdrängt und vorübergehend gehemmt, vom heimischen Boden nicht völlig wieder verschwinden, sondern im deutschen Geiste fortentwickelt, zu einer höheren Stufe der Ausbildung gelangen werde.

Wir halten dieses Prognostikon für kein gewagtes. Die öffentliche Meinung, welche das Schwurgericht vindicirt hat, wird dieser Einrichtung auch in Zukunft schützend zur Seite stehen, wenn sich dieselbe stetshin so wohlthätig bewährt, wie bisher in unserem engeren Vaterlande, wo bekanntlich vor kurzem ein Versuch, an dem kaum errungenen Institute schon wieder zu rütteln, von der Regierung und der Volkskammer mit Entschiedenheit zurückgewiesen wurde.

Der Inhalt des Werkes zerfällt in 39 Abschnitte, welchen ein Nachtrag über einige, namentlich während des Drucks, noch erschienene oder in Aussicht gestellte Gesetzesänderungen angehängt ist.

Jeder Abschnitt enthält eine Zusammenstellung der dahin bezüglichen Vorschriften aus den Gesetzgebungen derjenigen Staaten, welche das Schwurgericht eingeführt haben.

Man gewinnt dadurch einen schnellen Ueberblick, welcher bei Stellen, wo das anzuwendende Gesetz dunkel erscheint, als Leitstern dienen mag.

Es gibt zudem Punkte, worüber sich die eine Gesetzgebung ausführlich verbreitet, während die andere dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum gestattet. So z. B. kann nach §. 115. I. 2. unseres Gesetzes vom 5. Februar 1851 ein schwurgerichtliches Urtheil besonders auch dann mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden, wenn bei der Schlußverhandlung oder der Urtheilsfällung wesentliche Vorschriften des Verfahrens verletzt worden sind.

Ist man nun im Zweifel darüber, welche Vorschriften das Gesetz als wesentliche betrachtet wissen will *), so kann man sich durch einen Blick in den XXXVII. Abschnitt S. 253 ff. des vorliegenden Buches leicht Raths erholen bei den Gesetzgebungen von Preußen, Baiern, Hannover und anderen, wo die Vorschriften mehr oder weniger speciell bezeichnet sind, welche bei Strafe der Nichtigkeit befolgt werden sollen. Das richterliche Ermessen wird sofort in dem, was die Gesetzgebungen anderer Staaten für wesentlich erkannt haben, einen Anhaltspunkt finden, um zu beurtheilen, ob eine concrete Formverletzung von der Bedeutung sei, daß die schwurgerichtliche Verhandlung oder Entscheidung nicht aufrecht erhalten werden kann.

Schon diese wenigen Bemerkungen dürften hinreichen, um anschaulich zu machen, daß sich die besprochene Schrift nicht allein den ausübenden Juristen — seien sie Ankläger, Richter oder Vertheidiger — sondern auch allen denjenigen, welche sich mit den über die Schwurgerichte der verschiedenen Länder bestehenden Gesetzgebungen vertraut machen wollen, als ein bequemes Handbuch empfiehlt.

D. R.

*) Siehe Annalen XX. 20. XXI. 345. 353. 361.

*) Vrgl. hierüber auch Annalen XIX. 319.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 10.

I.

1) Das Strafurtheil, d. h. die Verurtheilung des Angeschuldigten, gilt auch für den Civilrichter als Rechtswahrheit, die keines Beweises mehr bedarf.

2) Der Civilrichter dagegen darf nicht in das Gebiet des Strafrichters eingreifen, und kann ohne ein deßfallsiges Urtheil des Strafrichters eine Handlung nicht als ein bestimmtes Verbrechen betrachten.

3) Im Falle der Verurtheilung des Angeschuldigten hat der Strafrichter auch über dessen Verbindlichkeit zum Schadensersatz zu entscheiden, sofern diese außer Zweifel steht.

4) So lange daher der Strafrichter sein Urtheil noch ausgesetzt hat, darf der Civilrichter kein Erkenntniß über die Entschädigungspflicht des Angeschuldigten geben, weil er hiezu nur dadurch berechtigt wird, daß der Strafrichter diesen Punkt zum bürgerlichen Austrag verweißt, oder den Angeschuldigten überhaupt freispricht. (Annalen XVI. 105.)

5) In dem einen wie in dem andern Falle muß der Beschädigte, welcher den bürgerlichen Rechtsweg betritt, solche Thatsachen und Beweise beibringen, wodurch die Entschädigungspflicht des Beklagten begründet wird. (Annalen XVIII. 285.)

6) Wer sich der Paulianischen Klage bedient, muß bei ihrer Erhebung schon Gläubiger jener Person sein, deren Handlungen er, als zum Abbruch seiner Rechte geschehn, anfechten will.

Fiscus gegen Sachs.

Am 30. Mai 1849 kam zwischen Handelsmann Wilhelm Sachs und dessen Schwester Sibylle Sachs in Mannheim ein öffentlich beurkundeter Vertrag zu Stande, wodurch Ersterer sein Blättertabaksgeschäft mit Aktiven und Passiven, die Waarenvorräthe, Geräthschaften u. s. w. in Bausch und Bogen um einen Kaufpreis von 100,000 Thaler pr. Courant an die Schwester Sibylle zu Eigenthum abgetreten hat.

Zu dieser Zeit fand sich die badische Revolution — wie notorisch — in vollem Gange. Nach Bewältigung derselben wurde W. Sachs, dessen Aufenthalt unbekannt war, öffentlich aufgefordert, sich bei Gericht zu stellen und wegen der ihm zur Last gelegten Betheiligung an dem hochverrätherischen Aufstande zu verantworten.

Derselbe erschien aber nicht. Die Untersuchung wurde daher — so weit thunlich — ohne Vernehmung des Angeschuldigten geführt und alsdann dem Obergerichte zur Aburtheilung vorgelegt.

Am 11. November 1850 erkannte das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises:

„daß diese Untersuchung bis auf Betreten des flüchtigen Angeschuldigten zu beruhen habe."

Der von W. Sachs hiergegen ergriffene Recurs wurde durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 6. März 1851 als unstatthaft verworfen. Annalen XVIII. 105.

Das hofgerichtliche Erkenntniß hat seinen Grund im §. 8 des Gesetzes vom 1. August 1849 (Reg.Bl. S. 395), welcher dahin lautet:

„Hat die Untersuchung nur so viel Beweise er-

geben, daß der Angeschuldigte für klagfrei erklärt werden müßte, so wird erkannt, daß die Untersuchung bis auf Betreten des Angeschuldigten zu beruhen habe.

Im Falle der Verurtheilung des Angeschuldigten ist auch seine Verbindlichkeit zum Schadensersatz auszusprechen, sofern diese außer Zweifel liegt."

Die großh. Generalstaatskasse wartete aber die strafrichterliche Entscheidung nicht ab, sondern klagte in der Voraussicht, daß eine Verurtheilung des Abwesenden binnen kurzem erfolgen werde, schon unterm 29. Mai 1850 gegen Wilhelm und Sibylle Sachs beim Civilgericht auf Annullirung des am 30. Mai 1849 zwischen ihnen errichteten Vertrags, weil solcher nur zum Schein und — wenn ernstlich — zum Abbruch der Rechte des Fiscus, welchem W. Sachs für den durch die Revolution angerichteten Schaden sammtverbindlich hafte, abgeschlossen worden sei. Der großh. Fiscus sei dieses Schadens wegen Gläubiger des W. Sachs und als solcher nach L.R.S. 1167 zu der angestellten Klage berechtigt.

Die Thatsachen, welche zum Beweis der Theilnahme des W. Sachs an dem Aufstande und der Simulation, beziehungsweise Gefährde bei Eingehung des obenerwähnten Vertrags in der Klage vorgetragen sind, können hier aus Gründen übergangen werden, die der weitere Verlauf dieser Darstellung aufklären wird.

Beklagterseits wurde dem großh. Fiscus vor allem das Recht zur Klagerhebung im Wege einer prozeßhindernden Einrede bestritten, weil derselbe noch keine liquide Forderung an W. Sachs habe und folglich nicht als Gläubiger desselben erscheine.

Der Unterrichter verwarf jedoch diese Einrede als prozeßhindernd und hielt die Beklagten an, die in der Hauptsache verweigerte Einlassung nachzubringen, welche dahin ausfiel, daß der Vertrag vom 30. Mai 1849 zwar zugestanden, im Uebrigen aber der Klagvortrag widersprochen wurde, mit dem Beifügen, daß die in der Klage selbst angeführte Thatsache, „es sei gegen Sachs noch kein Strafurtheil ergangen," das Klagrecht der großh. Staatskasse offenbar zerstöre.

Es sei eben so unmöglich, auf den Grund eines Verbrechens vor erlassenem Strafurtheil eine Schadensklage zu erheben, als es unstatthaft sei, den Beweis eines Verbrechens vor erledigtem Strafpunkte im Wege des Civilprozesses führen zu wollen ꝛc.

Dennoch erließ der Unterrichter ein Beweiserkenntniß, nach welchem der klägerische Fiscus die von ihm behaupteten Thatsachen, welche die Theilnahme des W. Sachs am Hochverrathe ausmachen sollen, zu beweisen gehabt hätte.

Während des Beweisverfahrens trat indessen ein Wechsel in der Person des amtlichen Respicienten ein, welcher zur Folge hatte, daß die Klage, ohne vorgängige Beweiserhebung, durch amtliches Urtheil vom 16. Juli 1851 abgewiesen wurde, und zwar deßhalb, weil im Strafverfahren noch kein verurtheilendes Erkenntniß gegen Sachs ergangen und weil es nach §. 19 des Strafedikts zunächst Obliegenheit des Strafrichters sei, auch über den Schadensersatz desjenigen, welcher durch das Verbrechen beschädigt worden, zu erkennen.

Das großh. Hofgericht, an welches die Sache durch die Appellation des klagenden Theils gelangt war, übte vorerst das Fragrecht aus und gab sodann dem Kläger auf, seine frühere Beweisantretung durch Vorlage von Beweisartikeln zu vervollständigen.

So kam es denn in zweiter Instanz zu einer weitläufigen Beweiserhebung und Beweisverhandlung, auf welche am 5 September 1855 — also nach Verlauf von 4 Jahren — ein bestätigendes Urtheil erfolgte.

Dieser Entscheidung liegt die Ansicht zum Grunde, daß der Beweis jener Thatsachen, aus welchen der klagende Fiscus seinen Entschädigungsanspruch an W. Sachs ableite, vollständig mißlungen, und daß die erst nach Erhebung der vorliegenden Klage in einem anderen Prozeß erfolgte Verurtheilung des W. Sachs zum Ersatz von 5064 fl. nebst Zinsen an die großh. Staatskasse *) als ein theils unerhebliches, theils verspätetes Vorbringen des Appellanten nicht geeignet sei, zur Nachweisung darüber, daß der großh. Fiscus wirklich Gläubiger des W. Sachs geworden, in diesem Rechtsstreite noch berücksichtigt zu werden.

Nicht glücklicher war der großh. Fiscus im dritten Rechtszuge, indem dort, wenn auch zum Theil aus anderen Gründen, die Urtheile der vordern Instanzen bestätigt wurden.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Nach feststehenden Grundsätzen ist zwar der Civilrichter an das Urtheil des Strafrichters, in so fern es nicht eine

*) Dieses auf eine besondere Klage der großh. Staatskasse am 30. September 1850 von dem Stadtamte Mannheim erlassene Urtheil ist am 25. August 1851 in zweiter und am 30. März 1852 in dritter Instanz bestätigt worden.

Verurtheilung enthält, nicht gebunden, sondern er hat selbstständig darüber zu entscheiden, ob eine Handlung, aus welcher eine Entschädigungsverbindlichkeit abgeleitet wird, als eine unrechte That erscheine und erwiesen sei; allein es versteht sich, daß er die Entschädigungspflicht nur nach civilrechtlichen Bestimmungen bemessen darf.

Um eine Entschädigungsforderung vor dem Civilrichter zu begründen, muß daher in Gemäßheit des L.R.S. 1382 ff. vergl. mit L.R.S. 1151 ein solcher Zusammenhang zwischen der unrechten That und dem eingetretenen Schaden nachgewiesen werden, daß dieser sich als die unmittelbare und natürliche Folge der unrechten That darstellt.

Dagegen darf der Civilrichter nicht in das Gebiet des Strafrichters eingreifen und kann ohne ein deßfallsiges Urtheil des Strafrichters eine Handlung nicht als ein bestimmtes Verbrechen betrachten; denn hierüber steht nicht ihm, sondern nur dem Strafrichter die Entscheidung zu. Ist daher zwischen der unrechten That eines Menschen und einem eingetretenen Schaden ein ursachlicher Zusammenhang, wie er zur Begründung der deßfallsigen Entschädigungsforderung erforderlich ist, nur unter der Voraussetzung als nachgewiesen anzunehmen, daß die in Frage stehende unrechte That als ein bestimmtes Verbrechen anerkannt sei, so kann die Entschädigungsforderung vor dem Civilrichter ohne ein vorhergegangenes Strafurtheil nicht geltend gemacht werden.

In der vorliegenden Klage hat nun der großh. Fiscus zur Begründung der Entschädigungsforderung, welche er behufs der Anfechtung des Vertrags vom 30. Mai 1849 geltend macht, einzelne Handlungen angeführt, wodurch der Mitbeklagte W. Sachs an der Revolution des Jahres 1849 Theil genommen habe; er hat aber nicht behauptet, daß und in welcher Weise der ihm durch die Revolution zugegangene Schaden eine unmittelbare und natürliche Folge dieser Handlungen sei, sondern daraus nur den Schluß abgeleitet, daß W. Sachs für den gesammten Schaden, der durch die Revolution entstanden, sammtverbindlich mit den übrigen Theilnehmern haftbar sei.

Um aber zwischen den Handlungen des W. Sachs und dem zunächst durch andere Personen verursachten Schaden einen solchen Zusammenhang unterstellen zu können, daß dieser Schaden auch als die naturgemäße und unmittelbare Folge der Handlungen des W. Sachs angesehen werden könnte, müßte hergestellt sein, daß er mit den physischen Urhebern desselben vorsätzlich zu dem gemeinschaftlichen Zwecke der Durchführung des Aufstandes zusammenwirkte; denn nur unter dieser Voraussetzung wäre seine sammtverbindliche Haftbarkeit für den gesammten aus dem Aufstand erwachsenen Schaden nach den L.R.S. 1382 ff. begründet. Diese Voraussetzung könnte aber nur dann als vorhanden angenommen werden, wenn hergestellt wäre, daß W. Sachs sich des Hochverraths schuldig gemacht habe und hinsichtlich dieses Verbrechens mit den physischen Urhebern des Schadens in einer verbrecherischen Verbindung gestanden sei.

Die vorliegenden Untersuchungsakten weisen aber nach, daß von dem Strafrichter ein verurtheilendes Erkenntniß gegen W. Sachs nicht erlassen wurde, und es erscheint daher die in der Klage geltend gemachte Entschädigungsforderung nicht begründet.

Nachträglich hat der Kläger im zweiten Rechtszuge unter Berufung auf den Inhalt der betreffenden Akten auch noch das oberhofgerichtliche Urtheil vom 30. März 1852 für sich geltend gemacht, wodurch W. Sachs für schuldig erklärt wurde, 5064 fl. nebst Zins an den großh. Fiscus zu zahlen. Allein hierin liegen neue thatsächliche Anführungen, welche nach den §§. 1163 und 1169 der Pr.O. nicht mehr nachgeschoben werden konnten, nachdem die schriftlichen Appellationsverhandlungen geschlossen waren. Es wird zwar von Seiten des Oberappellanten auszuführen gesucht, daß das neue Vorbringen nur den Legitimationspunkt berühre, welcher nach §. 87 der Pr.O. in jeder Lage des Rechtsstreits berichtigt werden könne; auch unterliege die Zuläßigkeit des neuen Angriffsmittels um so weniger einem Anstande, als es erst während des Laufs des Rechtsstreits entstanden sei und daher früher gar nicht habe geltend gemacht werden können.

Allein um eine Berichtigung des Legitimationspunktes handelt es sich hier durchaus nicht. Solcher war schon in der Klage vollkommen geordnet und in keiner Weise bestritten. Es tritt auch nicht etwa ein neuer Kläger an die Stelle des früheren, sondern derselbe Kläger sucht neue Thatsachen nachzuschieben, welche das Forderungsrecht selbst berühren, indem sie, das oberhofgerichtliche Urtheil mit eingeschlossen, dazu dienen sollen, den Entstehungsgrund der geltend gemachten Forderung zu bestärken.

Daß aber diejenigen Thatsachen, durch welche die behufs der Anfechtung des Vertrags vom 30. Mai 1849 geltend gemachte Forderung entstanden sein soll, nicht blos die Sachlegitimation betreffen, sondern einen Theil des thatsächlichen Klaggrundes ausmachen, kann nicht zweifelhaft sein.

Uebrigens ist es auch unrichtig, daß die nachgeschobenen neuen Thatsachen, mit Ausnahme der aus ihnen richterlich gezogenen Folge, nämlich des oberhofgerichtlichen Urtheils, erst während des Laufs des vorliegenden Rechtsstreits entstanden seien; sondern sie haben schon zur Zeit der Klagerhebung bestanden.*) Sie hätten daher auch in den vorliegenden Verhandlungen behufs der Anfechtung des Vertrags vom 30. Mai 1849 rechtzeitig vorgebracht werden können, wie es sich versteht, daß dem großh. Fiscus unbenommen ist, dies in einer neuen Klage zu thun.

A. d. Gr. rc. D. R.

II.

Zur Erläuterung der bürgerlichen Prozeß-Ordnung.

XII. Welchen Sinn und Zweck hat die Wiederholung der urtheilsmäßigen Frist nach Ablauf von drei Jahren gemäß §. 923? In wieweit sind fernere Einreden des Beklagten dann noch zulässig? Welches Verfahren tritt hiebei ein?

Das badische Civilprozeßgesetz enthält in §. 923 (sonst §. 957) die Bestimmung, daß nach Ablauf von drei Jahren von dem Zeitpunkt an, wo die Vollstreckung hätte begehrt werden können, auf blose Vorlage des Urtheils keine Vollstreckungsverfügung erlassen werden darf, sondern zuvor die ursprüngliche urtheilsmäßige Frist von Neuem anberaumt werden muß. Da eine nähere und ausdrückliche Bestimmung über die Natur der bezüglichen Frist, über die Beschaffenheit der binnen dieser Frist noch zuzulassenden Einwendungen und das hiebei zu beobachtende Verfahren im Gesetze nicht beigefügt wurde, so entstehen hierüber leicht Zweifel und Irrungen, wie mehrfache Erfahrungen selbst in neuester Zeit mir bestätigt haben.

Dem gemeinen deutschen Prozeßrecht war die in Frage stehende Vorschrift wegen Fristerneuerung fremd, aus dieser stets vor Allem zu benützenden Grundquelle unserer Prozeßordnung ist daher hier zunächst keine Belehrung zu schöpfen; dagegen läßt sich die dem Sinn und Zweck der gegebenen Vorschrift entsprechende Auslegung und Anwendung des Gesetzes durch nähere Prüfung des Grundes eben jener Vorschrift und durch geeignete Vergleichung anderer, damit in Verbindung stehenden oder verwandten Gesetzesbestimmungen auf sicherem Wege erreichen.

Das Ergebniß einer solchen Prüfung und Vergleichung zeigt sich in folgenden Hauptsätzen:

1) Die vorgeschriebene Wiederholung der ursprünglichen urtheilsmäßigen Frist hat nur den Zweck und die Bedeutung, daß der durch so lange Nachsicht von Seiten des Gläubigers etwa sorglos gewordene Schuldner nicht plötzlich mit dem Vollzug des in Vergessenheit gerathenen Erkenntnisses überrascht werden, vielmehr die Möglichkeit erhalten soll, zur Abwendung der ihm drohenden Vollstreckungsmaßregeln das Nöthige vorzukehren. Es stellt sich demgemäß die fragliche Frist zunächst als eine Mahnung an den Schuldner dar, seine schon längst richtiggestellte Schuld zu bezahlen, beziehungsweise seiner gerichtlich festgestellte Schuldigkeit zu genügen.

Dies läßt sich aus Weilers Motiven zu §. 957. 958 des Entwurfes der alten Pr.O. ersehen und geht aus näherer Erwägung der gesetzlichen Grundsätze über die Rechtskraft der Urtheile und die Zulassung von Einreden nach erfolgtem rechtskräftigem Urtheil deutlich hervor.

Vrgl. auch die Gründe der oberhofgerichtlichen Entscheidung in den Annalen 1852 S. 197, worin die erwähnte Frist als eine Mahnfrist bezeichnet wird.

2) Hienach kann es, bei richtiger Auffassung des Gesetzes, vor Allem keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß der Bestand und die Richtigkeit der durch das frühere Erkenntniß festgestellten Schuld oder Schuldigkeit an sich in der vergönnten Mahnfrist vom Schuldner nicht von Neuem in Streit gezogen, der erledigte Rechtsstreit nicht durch Einwendungen oder Einsprache des Verurtheilten im nämlichen Prozeß, unter Benützung früher versäumter oder verworfener Schutzmittel wieder aufgerissen werden darf. Nur durch das Rechtsmittel der Wiederherstellung gegen rechtskräftige Urtheile (der Wiederherstellungsklage) Tit. 48 der Pr.O. (sonst Tit. 49) könnte der Verurtheilte geeigneten Falles noch Abhilfe erlangen.*)

*) Sachs hat nämlich die aus der badischen Staatskasse erhobenen 5064 fl. am 15. Juni 1849 von Carlsruhe nach Stuttgart gebracht, um sie an das s. g. Rumpfparlament abzuliefern.

*) Vrgl. hiemit auch die Pr.O. §§. 627. 628.

D. E.

3) Hieraus geht hervor, daß der gemäß §. 923 erlassene richterliche Befehl namentlich, was den Anspruch oder die Forderung an sich betrifft, keineswegs wie ein gewöhnlicher unbedingter Befehl betrachtet und behandelt werden darf (vrgl. Pr.O. §. 671. 672). Sollte auch etwa der Richter sich des Ausdruckes „unbedingter Befehl," welcher öfters wohl uneigentlicher Weise in ähnlichen Fällen gebraucht wird, hiebei bedient haben, so kann dieses den Stand der Sache nicht wesentlich verändern, sofern nur nach Inhalt der Akten der Fall des §. 923 als wirklich vorhanden anzusehen ist.

4) Es folgt aber hieraus allerdings nicht, daß der Beklagte deßhalb in der erneuerten Frist gar keinerlei Einreden mehr vorbringen darf. Wenn auch das Gesetz im oder zum §. 923 nicht ausdrücklich bemerkt hat, daß und welche Einwendungen dem wiederholten Befehl noch entgegengesetzt werden können, so ergibt sich doch aus der Vergleichung des unmittelbar auf unseren Paragraphen folgenden §. 924, daß es dem Schuldner selbst nach schon erkannter, ja schon begonnener Vollstreckung gestattet ist, die erst nach dem Urtheil erfolgte Tilgung der Schuld, wegen welcher vollstreckt werden soll, urkundlich nachzuweisen. Daß eben dieses Recht auch dem verurtheilten Schuldner, gegen den die Vollstreckung noch nicht erkannt ist, eingeräumt werden muß, fällt in die Augen. Es kann nämlich ein solcher Schuldner in keinem Falle strenger behandelt werden, als derjenige, gegen den schon die Einschreitung im Vollstreckungswege begonnen hat, da es ja doch immer in der Hand des Ersteren stehen würde, die Vollstreckung herankommen zu lassen, und so sich jenes Rechtes theilhaftig zu machen, und da überhaupt gerechter Weise dem Ersteren ein Recht nicht versagt werden kann, was sogar dem Letzteren zugestanden wird. Es kann aber dem Ersteren in der fraglichen Beziehung auch kein besseres Recht zugestanden werden, als dem Letzteren, wie sich schon daraus ergibt, daß das Gesetz ihm nirgend ein besseres Recht verliehen hat; es sind aber die in den §. 924. Zif. 1. 2 und §. 930 gegebenen Bestimmungen überhaupt nur als Ausflüsse von allgemeinen, hier bei besonderem Anlaß ausgesprochenen Grundsätzen über Zulassung von Einreden nach erfolgtem rechtskräftigen Urtheil zu betrachten. *)

*) Der Grundsatz, daß Einreden, deren thatsächlicher Grund erst später entsteht, in jeder Lage des Rechtsstreites (bis zum Endurtheile) noch vorgebracht werden können, hat in der neuen Prozeßordnung §. 316 und 632 ausdrückliche Anerkennung gefunden.

Der Eins.

Vrgl. Heffter System des Civilprozeßrechts §. 519 und 273.

Martin Lehrbuch des bürgerl. Prozesses §. 269 und §. 97.

5) Demgemäß kann der Schuldner in unserem Falle auch die Einrede der Wettschlagung nur unter den in Pr.O. §. 930 bestimmten Voraussetzungen, auf den Grund rechtskräftigen Urtheils, geltend machen. Dies läßt sich auch schon aus der in L.R.S. 1291 gegebenen allgemeinen Vorschrift in Betreff der Wettschlagung ableiten.

Vrgl. l. 14. C. de compensat. 4. 31.

6) Nach dem Obigen (Zif. 1 und 2) kann es, was die Natur der fraglichen Mahnfrist und die Zulässigkeit nachträglicher Einreden betrifft, auch keinen Unterschied machen, daß etwa das frühere Erkenntniß ein Versäumungserkenntniß, insbesondere ein Liquiderkenntniß (Pr.O. §. 690) war. Auch ein solches Erkenntniß hat seiner Zeit (im Falle des Pr.O. §. 690 nach Ablauf der in §. 692 ausnahmsweise bestimmten Wiederherstellungsfrist §. 621) die Rechtskraft beschritten und es kann nur aus besonderen Gründen, mit Beweis der Krankheit, Abwesenheit oder höheren Gewalt, binnen 4 Jahren, hiegegen noch Wiederherstellung erwirkt werden. Pr.O. §. 615. 623. Die nochmalige Anberaumung der ursprünglichen urtheilsmäßigen Frist nach Maaßgabe des §. 923 kann daher in Bezug auf ein früher ergangenes Liquiderkenntniß unmöglich die Wirkung haben, daß der Schuldner Einwendungen gegen die Liquidität der Forderung ungeachtet seiner früheren Versäumniß nunmehr von neuem geltend machen könnte, somit für ihn die längst abgelaufene Wiederherstellungsfrist wieder auflebte.

In dieser Beziehung kann es auch hier wieder den Stand der Sache nicht wesentlich ändern, wenn etwa, wie es bisweilen geschieht, bei dem Liquiderkenntniß uneigentlicher Weise der Ausdruck „unbedingter Befehl" zugleich gebraucht wurde.

Wenn jedoch der frühere Richterspruch in der That nur ein gewöhnlicher unbedingter Befehl (Pr.O. §. 667 folgde.) und namentlich nicht etwa selbst nur ein Befehl zum Vollzug eines rechtskräftigen Urtheils war, so richtet sich allerdings die Zulassung weiterer Einreden nach einem anderen Gesichtspunkte, nach den Grundsätzen des unbedingten Befehlverfahrens, als der zu Grunde liegenden Prozeßart; es fällt dann die betreffende Frage mit der

allgemeinen Frage zusammen, inwieweit in dieser Prozeßart auch nach Ablauf der im unbedingten Befehle gesetzten Zahlungsfrist bis zu erfolgter Vollstreckung noch Einreden des Schuldners zuzulassen sind?.

Vrgl. hierüber meine Schrift über das mündliche Verfahren u. s. w. S. 101 Note 6 und die dort zusammengestellten Abhandlungen, hiezu aber ferner Annalen Jahrg. XIX. S. 52 No V.

7) Wenn nach dem unter Zif. 3 Gesagten (abgesehen von dem so eben besprochenen besonderen Falle Zif. 6 am Schlusse) der gemäß § 923 erlassene richterliche Befehl im Allgemeinen, und namentlich was den Bestand und die Richtigkeit der Forderung an sich betrifft, nicht als ein gewöhnlicher unbedingter Befehl betrachtet und behandelt werden darf, die bezüglichen Vorschriften des Gesetzes daher nicht allgemein und unbedingt Anwendung finden können, so folgt doch hieraus keineswegs, daß in Bezug auf die im Falle des Pr.O. §. 923 noch zuzulassenden Einreden (Zif. 4 und 5 oben) und die hierauf einzuleitende Verhandlung die gesetzlichen Vorschriften über das unbedingte Befehlsverfahren gar nicht in Betracht kommen dürfen, vielmehr mögen die bezeichneten Vorschriften des Verfahrens, als für ein immerhin nahe verwandtes, in der fraglichen Beziehung sehr ähnliches Rechtsverhältniß gegeben, in Ermanglung besonderer gesetzlicher Vorschriften, in dieser Hinsicht eine nicht unpassende Analogie abgeben, nur muß hiebei die oben auseinandergesetzte wesentliche Verschiedenheit in Bezug auf die Art der noch zuläßigen Einwendungen stets wohl beachtet werden. Eine nähere Erörterung hierüber wird nicht nöthig sein. Offenbar unzuläßig aber erscheint in solchem Falle eine Beweisauflage, wie solche von einem Untergerichte des Mittelrheinkreises vor Kurzem erlassen wurde. Die Unzuläßigkeit einer solchen würde, abgesehen vom Obigen, schon aus dem Grundsatz des Pr.O § 641, die Verhandlung von Nebensachen betreffend, abzuleiten sein.

Eduard Brauer.

III.

1) Ein Gläubiger, welcher die Frist zur Erhebung der Einsprache gegen die Verweisung des Erlöses der im Zwangswege versteigerten Liegenschaften seines Schuldners versäumt hat, kann das einem anderen Gläubiger zugekommene Ergebniß der Zwangsversteigerung von diesem nicht auf Grund der offenbaren Unrichtigkeit der Verweisung als eine Zahlung zur Ungebühr herausfordern.

2) Fall der Haftbarkeit eines Vollstreckungsbeamten wegen unterlassener Versteigerung gepfändeter Fahrnisse, und insbesondere über die Frage, inwiefern dieselbe durch das eigene Verschulden des Gläubigers oder durch das Versehen eines anderen Vollstreckungsbeamten aufgehoben wird.

Friedrich Bensinger von Mannheim hatte eine rechtskräftige Forderung an Adlerwirth Jockers in Kork und erwirkte dafür Fahrnißpfändung, allein als es nach vielen Verzögerungen von Seiten des damaligen Vollstreckungsbeamten, Bürgermeisters Michael Butz, endlich zur Versteigerung kommen sollte, waren die gepfändeten Fahrnisse verschwunden, und der Schuldner, Adlerwirth Jockers, nach Amerika ausgewandert, so daß Friedrich Bensinger ohne alle Befriedigung blieb. Nicht besser ging es ihm bei der auf seinen Antrag vorgenommenen Zwangsversteigerung der Liegenschaften des Adlerwirth Jockers, indem er eine Verweisung des anderen Vollstreckungsbeamten, Notars M. erhielt, wonach er wegen Unzulänglichkeit des Erlöses mit seiner ganzen Forderung in Verlust gerathen sein sollte. Diese Verweisung war nun offenbar unrichtig, da der Geschäftsfertiger das Datum des vom Bürgermeister übersendeten Auszugs über den Bensinger'schen Pfandbucheintrag falsch gelesen, und so den jüngeren Pfandgläubiger Michael Kaufmann von Rheinbischoffsheim dem Friedrich Bensinger vorgesetzt hatte. Als aber Bensinger dies in Erfahrung brachte, waren die Fristen zur Einsprache umlaufen, weßhalb er auf einem anderen Wege versuchte, den Michael Kaufmann zur Herausgabe des durch das Versehen des Notars erhaltenen Betreffnisses der Steigschillinge zu nöthigen, allein seine, wenn auch rechtlich unhaltbare, doch scharfsinnig ausgedehnte Klage wurde in beiden Instanzen als unbegründet verworfen, und zwar von dem mittelrheinischen Hofgerichte durch Urtheil vom 22. November v. J. aus folgenden

Gründen:

Nach dem eigenen Vortrag des Klägers in seiner

Klage wurde er, als im Jahr 1850 die Liegenschaften des Adlerwirths Jakob Jockers von Kork im Zwangswege versteigert und die Erlöse unter die Gläubiger verwiesen worden sind, von der Behörde, welche die gerichtliche Verweisung der Erlöse zu besorgen hatte, zuerst aufgefordert, als Gläubiger des Jockers sein Guthaben anzumelden, und dann auch nach Fertigung des Verweisungsgeschäftes benachrichtigt, daß er mit seiner ganzen Forderung von 369 fl. 34 kr. wegen Unzulänglichkeit der Masse in Verlust falle.

Bei diesem Anlasse war dem Kläger die Gelegenheit geboten, nicht nur seine Forderung mit den ihr zukommenden Vorzugs- oder Pfandrechten anzumelden, sondern auch bei dem ihm kund gewordenen Verlust von dem Verweisungsgeschäft Einsicht zu verlangen, und rechtzeitig sowohl seine etwaige Einsprache gegen die Befriedigung eines anderen Gläubigers als seinen Anspruch auf eigene Befriedigung geltend zu machen.

Er hat dieß unterlassen in dem Glauben, daß die Verweisungen richtig gemacht worden seien, weßhalb auch die Befriedigung des Beklagten aus dem damals zur Verweisung gekommenen Erlös der in Korker Gemarkung gelegenen Liegenschaften des Adlerwirths Jockers in Folge derselben Verweisungen vorgenommen worden ist. Kläger gibt nun selbst zu, daß er auf dem Wege einer Einsprache gegen das damalige Verweisungsgeschäft (welches allerdings irrthümlich den Beklagten, der nur ein richterliches Unterpfandsrecht auf die Korker Liegenschaften des Jockers vom 22. April 1847 hatte; während dem Kläger ein solches vom 31. März 1847 für seine Forderung zustund, vor den Kläger gesetzt hat, als käme diesem nur ein Pfandrecht vom 31. Mai 1847 zu), nicht mehr zu seinem Ziele, nemlich zu einer Befriedigung vor dem Beklagten aus dem Erlöse der für beide Forderungen richterlich verpfändeten Korker Liegenschaften gelangen könne, indem die gesetzliche Zeit zu einer solchen Einsprache längst umflossen sei; Kläger glaubt aber, da der Beklagte unzweifelhaft den Theil des Erlöses, der gerade auf die Forderung des Klägers bei einer richtigen Verweisung gefallen wäre, zugewiesen und ausbezahlt erhalten hat, daß er diese Zahlung als zur Ungebühr geschehen nach L.R.S. 1376 wieder zurückfordern könne, und — hat seine Klage auf dieses Gesetz gestützt, und sein Begehren darauf gerichtet.

Dieses erscheint nun aber unzulässig.

— Die Verweisungen, gegen welche zu rechter Zeit keine Einsprache erhoben, und welche daher als in Uebereinstimmung mit den Gläubigern selbst erlassen auch vollzogen worden sind, erlangen dadurch einen Rechtsbestand, welchen der Richter zu schützen hat.

Der Gläubiger, dessen Forderung an den gemeinsamen Schuldner richtig gestellt und daher an sich unbeanstandet vorliegt, hat auch keineswegs eine Nichtschuld bezahlt erhalten, sondern eine wohlbegründete und rechtlich bestehende Schuld; er ist auch nicht von einem Dritten bezahlt worden, der sich im Irrthum für den Schuldner hielt, sondern von Jemanden, der sich in Folge der unbeanstandeten Liegenschaftsversteigerung und Verweisung nothwendig für den rechten Schuldner, — für den wahren Stellvertreter des ursprünglichen Schuldners — halten mußte, am wenigsten aber von Jemanden, der sich für den Stellvertreter des Klägers selbst angesehen hätte, so daß nunmehr der Kläger auftreten, und Namens des Zahlenden die gemachte Zahlung als irrthümlich geleistet zurückfordern könnte. Der Fall ist vielmehr so anzusehen, als wenn der Schuldner, dessen Vermögen nicht mehr zur Befriedigung aller Gläubiger zureicht, zur Zeit, wo er noch verfügen darf, einen Gläubiger, der zwar einem andern nachgeht, selbst befriedigt hätte; — auch in dieser Lage würde der empfangende Gläubiger nicht nach L.R S. 1376 zur Zurückzahlung angehalten werden können. arg. §. 797 der Pr.O.

Da das unterrichterliche Urtheil sonach gerechtfertigt erscheint, so mußte dasselbe bestätigt, und Appellant nach §. 168 der Pr.O. in die Kosten verfällt werden.

Nunmehr belangte Bensinger den früheren Bürgermeister Butz deßhalb auf Ersatz seines Schadens, weil dieser durch die Unterlassung der Fahrnißversteigerung eine unrechte That (Vergehen oder Versehen) begangen habe, wogegen sich dieser hauptsächlich damit vertheidigte, daß Bensinger nur in Folge des Versehens des Notars M. und in Folge eigenen Verschuldens bei der Liegenschaftsversteigerung keine Befriedigung erhalten habe.

In der ersten Instanz wurde der Kläger abgewiesen, in der zweiten hiegegen der Beklagte zum Schadenersatz verurtheilt.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Dadurch, daß nach dem Pfändungsberichte vom 12. Mai 1847 zu Gunsten des Klägers bei Adlerwirth Jockers für eine Forderung von 300 fl. 19 kr. Fahrnisse im

Werthe von 315 fl. gepfändet worden sind, hatte der Kläger ein Recht auf volle Befriedigung aus deren Erlöse, und es ist dasselbe auch nicht nach Maaßgabe von §. 956 der alten Pr.O. erlöschen, da der einzige längere Zwischenraum in den Betreibungen durch eine vergeblich gebliebene Versteigerung Ende November oder Anfang Dezember 1847 unterbrochen ist.

Durch Beschluß vom 3. Juni 1848 wurde nun der Beklagte, als damaliger Vollstreckungsbeamter angewiesen, die gepfändeten Fahrnisse nach Kehl verbringen zu lassen, und mehrerer Erinnerungen ungeachtet berichtete er erst am 30. August 1848, daß andere Fahrnisse für den Kläger gepfändet seien, sich aber Niemand zum Transport finde.

Er wurde dann mit Beschluß vom 9. Septbr. 1848 angewiesen, den Transport auf Kosten des Klägers zu bewirken, that aber vieler Erinnerungen ungeachtet nichts, als daß er den 16. März 1849 einen ausweichenden, unerheblichen Bericht erstattete, worauf wieder nichts geschah, bis am 14. Mai 1850 angezeigt wurde, daß sich nichts Pfändbares mehr bei Adlerwirth Jockers vorfinde. So wurde es durch offenbare Pflichtwidrigkeit des Beklagten dem Schuldner möglich, die zur Befriedigung des Klägers bestimmten Fahrnisse zu beseitigen, und jetzt ist es dem Kläger unmöglich, auf andere Weise von diesem Zahlung zu erlangen, so daß er mit seiner ganzen Forderung in Verlust gerathen ist. Diesen, durch sein Verschulden herbeigeführten Schaden muß der Beklagte nach L.R.S. 1382. 1383 ersetzen und kann sich davon nicht durch die Ausflucht befreien, daß Kläger aus den Ergebnissen der Zwangsliegenschafts-Versteigerung des Adlerwirths Jockers hätte Befriedigung erhalten sollen, wenn die Verweisung des Erlöses richtig erfolgt wäre, oder wenn der Kläger alle mögliche Vorsicht aufgeboten hätte, um eine richtige Verweisung zu veranlassen, oder deren Abänderung und Verbesserung auf dem Rechtswege zu bewirken. Denn das Versehen eines andern Vollstreckungsbeamten entschuldigt den Beklagten nicht, zumal da es der Kläger nicht veranlaßt hat, und der Umstand, daß der Kläger durch rechtzeitige Einsprache gegen jene irrige Verweisung die Folgen des Versehens hätte abwenden können, kommt dem Beklagten gleichfalls nicht zu gut, da die Nichtbenützung dieses Rechtsmittels dem Beklagten gegenüber keine Verschuldung des Klägers im Sinne von L.R.S. 1148a bildet, in dem derselbe zunächst nicht wegen der Insufficienz des Liegenschaftserlöses belangt wird, und der Kläger durch diese gar nicht hätte in Schaden kommen können, wenn der Beklagte seine Pflicht gethan hätte, und unter diesen Verhältnissen das Vertrauen des Klägers auf die richtige Geschäftsführung des Fertigers der Verweisung des Liegenschaftserlöses dem Beklagten gegenüber überhaupt nicht als ein zurechenbares Versehen des Klägers erscheint.

(Vrgl. L.R.S. 1384 mit 1148a.) ꝛc.

Dr. Puchelt.

IV.

L.R.S. 2409.

Das großh. Oberhofgericht ist der Ansicht (Urtheil vom 6. Mai 1854. Obergfäll gegen Obergfäll), daß die Frist des L.R.S. 2109 vom Tag der Ausfolgung der Theilzettel laufe, weil erst von dieser Zeit an die Theilung als vollendet anzusehen und die Möglichkeit des Eintrags durch die Betheiligten gegeben sei.

Da nun die Ausfertigung oft gar nicht und wenn doch, ohne Beurkundung der Theilungsbehörde in den Akten bemerkt ist und da über die wirkliche Zustellung der Ausfertigung an die Betheiligten jede Beurkundung fehlt, dürfte es wünschenswerth erscheinen, daß das großh. Justizministerium die Amtsrevisorate anweise, für die Beibringung von Bescheinigungen über die Zustellung der Theilzettel an die Betheiligten zu den Akten Sorge zu tragen.

Fy.

V.

Curiosum.

Von dem Oberamte X. erging in einem Civilprozesse folgende Ladung:

„Wird Advokat N. N. auf — anher vorgeladen zur Urtheilsverkündung, unter dem Bemerken, daß er sich durch den Amtsdiener bei Unterzeichnetem unter Vorzeigung dieser Verfügung anmelden zu lassen habe."

Ganz im Einklange mit §. 1064 der Pr.O.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 11.

I.

1) Die Entscheidungsgründe dienen zur Auslegung des Urtheils, wenn auf dasselbe die Klage, oder Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache gebaut wird.

Annalen 1852 No. 51. S. 407, 1854 S. 220.

2) Die vor Erlassung der Pr.O. vom Jahr 1832 zu den Akten gegebenen Vorträge der Referenten, und die Abstimmungsbeurkundungen vertreten die Stelle der durch die Pr.O. eingeführten Entscheidungsgründe.

3) Das eine Negatorienklage abweisende Urtheil kann, wenn aus den Entscheidungsgründen hervorgeht, daß der Negatorienbeklagte den Beweis des widersprochenen Rechtes geführt hat, zur Grundlage der rechtskräftigen Entscheidung des **Bestehens** des abgesprochenen Rechtes dienen.

Annalen 1845 No. 36 u. 37. S. 285 u. ff., insbesondere S. 288. — 1846 No. 14. S. 111 in Verbindung mit den Erörterungen in oberhofg. Jahrbüchern 1843/44. S. 305. Annalen 1844 S. 317, 1854. S. 220 und 1855. S. 214. oberhofg. Jahrb. XIII. S. 313.

4) Früher nicht erwähnte thatsächliche Vorbringen sind auch in der dritten Instanz noch zulässig, wenn solche keine ganz neue Thatsachen, sondern nur Vervollständigungen von in den früheren Instanzen gegebenen Parteivorträgen enthalten.

Pr.O § 1196. 297.

5) Bei Bestimmung der Größe eines Schadens ist die Schadensgröße durch den Richter nach Billigkeit festzusetzen.

Pr O. §. 595.

6) Dem Geschäftsführer steht nicht, wie nach L.R.S. 2001 dem Gewalthaber das Recht zu, vom Tage der gemachten Auslagen, Verzugszinsen zu begehren.

7) Die Verweigerung der Leistung einer Mehreren obliegenden Verpflichtung begründet keine Sammtverbindlichkeit bei der Schadensvergütung.

L.R.S. 1200 u. ff. 1382.

Fiscus gegen Forst.

Dem Fürstbischof von Speier lag in seiner Eigenschaft als Kirchenpatron und Zehntherrn die Verpflichtung ob, das Langhaus der Kirche und die Pfarrgebäude in Hockenheim zu bauen und zu unterhalten. Sämmtliche Landgemeinden des Bisthums Speier, waren, wie behauptet ist, zu ungemessenen Frohnden in solchen Baufällen für Herbeischaffung der Baumaterialien verpflichtet. Im Jahre 1802 fielen die Landgemeinden des Bisthums Speier, insoweit solche auf dem rechten Rheinufer lagen, an die Krone Baden. Im Jahre 1817 wurde ein Neubau des Langhauses der Kirche und der Pfarroeconomiegebäude in Hockenheim nothwendig, welchen der großh. Domänenfiscus als Rechtsnachfolger des Fürstbischofs von Speier unternahm. Er verlangte von den vormals Speier'schen Gemeinden Forst, Hambrücken, Ubstatt, Weiher, Stettfeld, Langenbrücken, Mingolsheim, Oestringen, Zeutern, Kronau, St. Leon, Roth und Kirrlach die frohndweise Beifuhrung der Materialien zu den gedachten Bauten. Diese Gemeinden weigerten sich, nicht nur die begehrten Frohnden

zu leisten, sondern es erhob zuerst ein Theil, sodann ein anderer Theil derselben eine Negatorienklage gegen den großh. Domainenfiscus, um ihre Freiheit von der gedachten Frohndlast zur Anerkennung zu bringen. Von dem großh. Hofgerichte des Mittelrheinkreises ergingen nun unterm 20. Oktober 1820 zwei gleichlautende Urtheile des Inhalts:

„daß die klagenden Gemeinden in ihrem Besitze der Frohndfreiheit an Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäuden zu schützen, und von aller bei Erbauung oder Reparatur der Hockenheimer Kirche zugemutheten Frohndpflicht freizusprechen seien.“

Diese Urtheile wurden jedoch durch zwei oberhofgerichtliche Erkenntnisse vom 4. Dezember 1822 und vom 26. März 1823 dahin abgeändert, daß die Klägerinnen mit ihrer Negatorienklage abzuweisen seien.

Die oben erwähnten in Hockenheim nöthig gewordenen Bauten wurden durch die Weigerung der Gemeinden, die Frohnden zu leisten, eine Zeit lang unterbrochen; sie mußten jedoch, der Dringlichkeit des Baues wegen, von dem Domänenfiscus allein fortgesetzt und beendigt werden.

Nach langer Zeit, — erst im Jahre 1836 — trat der Domänenfiscus mit einer Klage gegen die oben erwähnten Gemeinden auf, womit er von denselben Entschädigung begehrte, sowohl wegen des Schadens, welcher ihm dadurch zuging, daß der begonnene Bau eine Zeit lang durch die Weigerung, die Frohnden zu leisten, unterbrochen worden war, als weil er die nach seiner Behauptung von den Gemeinden im Wege der Frohnden zu leistenden Fuhren selbst habe stellen müssen.

Diese Klage war auf verschiedene Gründe, aus welchen die Pflichtigkeit der Gemeinden zur Frohndleistung erhellen sollte, und auf L.R.S. 1382, weil in der Weigerung der Frohndleistung eine unrechte That liege, gestützt, und begehrt, daß die Gemeinden verurtheilt würden unter sammtverbindlicher Haftbarkeit die Entschädigung zu leisten. Zugleich war, indem der großh. Domainenfiscus geltend machte, daß er als **Geschäftsführer** der beklagten Gemeinden die Baumaterialien beigeführt, somit gleich einem Gewalthaber dem Gewaltgeber gegenüber dadurch das Recht auf Ersatz erlangt habe, auf den Grund des L.R.S. 2001 begehrt, daß die Auslagen von dem Tage an verzinst würden, da der Vorschuß für dieselben erweislich gemacht wurde.

Die Pflichtigkeit der Gemeinden zur Frohndleistung wurde unter anderen Gründen, welche hier nicht Gegenstand der Erörterung sein sollen, auch auf die rechtskräftigen Entscheidungen in den oben angeführten, die Negatorienklagen abweisenden oberhofgerichtlichen Urtheilen gebaut.

Der Unterrichter versagte die Ladung, indem er die Klage als in Rechten nicht begründet, abwies.

Das mittelrheinische Hofgericht erkannte zwar Ladung und erlies ein Beweiserkenntniß, wies aber nach gepflogenen Verhandlungen die Klage ebenfalls ab. In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist unter Anderem bezüglich der oben gedachten oberhofgerichtlichen Urtheile angeführt: „Es steht hiernach fest, daß die Beklagten „keine gänzliche Frohndfreiheit ansprechen können, sondern „zu dem Kirchenbau in Hockenheim **Frohndienste** „**leisten müssen**; allein hinsichtlich des Maaßes und „Umfanges dieser Dienste ergibt sich aus den angeführten „Urtheilen nicht das Mindeste.“ *)

Es wandte sich nunmehr der Kläger an das großh. Oberhofgericht; dieses änderte auch die Urtheile der beiden vorderen Instanzen ab, und verurtheilte die beklagten Gemeinden zur Entschädigung. Es wies aber das Begehren, die Sammtverbindlichkeit der Gemeinden auszusprechen, ab, und ebenso wies es den Kläger mit der Forderung der Zinsen vom Tage der jeweiligen Auslage bis zum Tage der Klagbehändigung ab, indem es nur von diesem Tage an die Verpflichtung der beklagten Gemeinden zur Zahlung von Verzugszinsen aussprach.

---

*) Einer der Votanten war der Ansicht, daß das eine Negatorienklage abweisende Urtheil in keiner Weise dafür benützt werden könne, um aus demselben eine rechtskräftige Entscheidung für die Existenz des Rechtes selbst abzuleiten. Sein Specialvotum in dieser Beziehung lautet: „Jedes Urtheil hat nur zwei Gegenstände zu seinem Inhalt: 1) entweder eine Verurtheilung des Beklagten; oder 2) eine Abweisung des Klägers, oder Freisprechung des Beklagten, niemals aber (ohne Widerklage) eine **Verurtheilung des Klägers selbst**.“ Wie kann man also den betreffenden oberhofgerichtlichen Urtheilen, wodurch die Kläger mit ihrem Gesuche um Anerkennung der Freiheit von der Frohndpflicht, lediglich abgewiesen worden, die Wirkung beilegen, daß sie hiedurch stillschweigend zur Frohndpflichtigkeit **verurtheilt** sind? Hiezu hätte es einer Widerklage des Fiscus, und eines ausdrücklichen Ausspruchs in den Urtheilen bedurft. Die fraglichen Urtheile haben wohl für die jetzige Klägerin die Wirkung, daß sie, wenn die Gemeinden nochmals auf Anerkennung der Frohndfreiheit klagen, die erhobene Klage mit der Einrede der res judicata elidiren kann, sie enthalten aber ihrem Inhalte nach keine Verurtheilung der Gemeinden zur **Anerkennung** ihrer Frohndpflichtigkeit. D.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Bei dem im Jahre 1817 begonnenen Bau einer neuen Kirche zu Hockenheim und eines Oeconomiegebäudes zum dortigen Pfarrhause verweigerten die beklagten Gemeinden die ihnen von dem großh. Domainenfiscus angesonnene frohndweise Beifuhr der Baumaterialien. Dieser behauptet nun, daß er, um die ihm als Zehnt- und Patronatsherrn für jene Gebäulichkeiten obliegende Baupflicht zu erfüllen, jener Weigerung wegen genöthigt gewesen sei, die Fuhrarbeiten durch andere Personen um Lohn verrichten zu lassen, und verlangt mit der erhobenen Klage den Ersatz der dafür bestrittenen Auslagen. Außerdem begehrt er noch den Ersatz einer bezahlten Schadensvergütung, welche dem Bauunternehmer wegen der durch die Verweigerung der Frohndleistung veranlaßten Einstellung des Kirchenbaues zuerkannt worden sei.

Die beklagten Gemeinden haben jedoch bestritten, daß sie zu den ihnen angesonnenen Fuhrfrohnden verpflichtet gewesen seien, und insbesondere die Behauptung des großh. Domainenfiscus, daß ihre Frohndpflicht durch rechtskräftige Urtheile hergestellt worden sei, widersprochen.

Allein mit Unrecht, — denn wenn auch die klägerischer Seits angerufenen oberhofgerichtlichen Urtheile in dem Texte selbst weder dem großh. Domainenfiscus das angesprochene Frohndrecht ausdrücklich zuerkennen, noch die beklagten Gemeinden ausdrücklich für frohndpflichtig erklären, sondern nur die von Letzterem erhobenen Negatorienklagen abwerfen, so geht doch aus den oberhofgerichtlichen Vorträgen und Abstimmungsbeurkundungen, welche die Stelle der nach der späteren Gesetzgebung beizufügenden Entscheidungsgründe vertreten, unzweideutig hervor, daß die Abweisung darin ihren Grund hatte, daß der großh. Domainenfiscus den Beweis seines angesprochenen Rechts auf unbestimmte und ungemessene, nach badischem Gesetze noch fortbestehende Herrenfrohnden geführt habe. Es ist sonach über diese Rechtsfrage bei den früheren Prozessen schon in letzter Instanz entschieden worden, und kann deßhalb dieses rechtskräftig festgestellte Element der früheren Urtheile in dem vorliegenden Prozesse nicht nochmals der richterlichen Entscheidung unterbreitet werden.

Durch die erwähnten oberhofgerichtlichen Urtheile ist auch nicht blos über die Frohndpflicht zum Kirchenbau, sondern zugleich über die Frohndpflicht zu den Pfarrhausbauten rechtskräftig erkannt, weil darin das Princip entschieden wurde, daß die Beklagten zu unbestimmten und ungemessenen Herrenfrohnden verpflichtet seien, unter diesen aber die Fuhrfrohnden zu den Pfarrhausbaulichkeiten ebenfalls begriffen sind. Bezüglich des Urtheils, welches auf die Negatorienklage der vier Gemeinden Kronau, St. Leon, Roth und Kirrlach erlassen wurde, ist dies um so unzweifelhafter, als inhaltlich der demselben vorangegangenen Vorträge und Abstimmungsbeurkundungen die damaligen Klägerinnen ausdrücklich auch bezüglich der Pfarrhausbauten für frohndpflichtig erachtet worden sind.

In dem Urtheile über die Negatorienklage der übrigen Gemeinden ist dagegen allerdings die erhobene Klage ausdrücklich nur in Bezug auf die angesprochene Frohndfreiheit zu den K i r c h e n bauten abgewiesen, beziehungsweise das Frohndrecht des großh. Domänenfiscus nur hinsichtlich dieser Bauten anerkannt worden. Allein dies geschah nicht deßhalb, weil die beanspruchte Frohndpflicht zu Pfarrhausbauten für unbegründet erachtet wurde, sondern deßhalb, weil diese Verpflichtung nicht zum Gegenstand des Klagbegehrens gemacht worden war, und an dem prozeßrechtlichen Grundsatze festgehalten wurde, daß über die Gesuche der Partheien hinaus der Richter in dem Urtheilsausspruch selbst weder etwas zu- oder aberkennen dürfe. Es ist also blos aus einem prozessualischen Grunde der Kirchenbauten allein, und nicht zugleich der Pfarrhausbauten in dem fraglichen Urtheile erwähnt, während aus den Vorträgen und Abstimmungsbeurkundungen der Votanten ganz unzweideutig sich ergibt, daß wenn jenes prozessualische Hinderniß nicht im Wege gestanden wäre, auch bezüglich der Pfarrhausbauten eben so, wie bezüglich der Kirchenbauten erkannt worden wäre, eben weil man das Bestehen der Herrenfrohndpflicht in einem Umfang annahm, welcher die Pfarrgebäulichkeiten unzweifelhaft in sich begriff.

Der geltend gemachte Einwand, daß die Vorträge und Abstimmungsbeurkundungen in dem gegenwärtigen Rechtsstreite nicht berücksichtigt werden dürften, weil der großh. Domänenfiscus erst in der dritten Instanz sich darauf berufen habe, ist nicht begründet. Es kann nämlich keinem Zweifel unterliegen, daß der Richter nach §§. 277. 281. 297 u. fg. der Pr.O. berechtigt und sogar verpflichtet ist, in jeder Lage des Prozesses für die Vervollständigung des thatsächlichen Vorbringens der Partheien Sorge zu tragen, daß ferner aber auch, wenn er dies unterläßt, die Partheien selbst unaufgefordert dazu berechtigt sind und damit der richterlichen Verfügung zuvor kommen dürfen.

Wenn daher kläger'scher Seits behauptet wurde, daß

mit den früheren Urtheilen auch die Elemente für den jetzigen Prozeß entschieden seien, so konnte der Richter bei einer solchen allgemeinen Behauptung deren nähere thatsächliche Begründung verlangen, beziehungsweise der großh. Fiscus beim Mangel einer desfallsigen Aufforderung jene Begründung selbst nachträglich vorbringen. Nun hatte der großh. Fiscus schon in der Klage angeführt, es seien die jetzigen Beklagten mit ihren früheren Negatorienklagen in letzter Instanz *abgewiesen* worden, und dadurch sei über die Frohndpflicht derselben rechtskräftig entschieden, welche Behauptung nur einen Sinn haben kann, wenn man unterstellt, daß sich damit auf die Elemente der oberhofgerichtlichen Urtheile berufen werden wollte. Es hätte daher schon in den vorderen Instanzen von Richteramtswegen über diese unvollständig vorgetragene Thatsache Aufklärung verlangt werden sollen, und ist darum, weil es nicht geschah, die in dritter Instanz unaufgefordert beigebrachte Vervollständigung nicht verspätet und deren Berücksichtigung Seitens des Richters zulässig.

Muß hiernach angenommen werden, daß die beklagten Gemeinden bei den in Frage liegenden Baufällen die Frohndfuhren zu stellen verpflichtet waren, und war wegen deren Verweigerung der großh. Domänenfiscus in dem Falle, solche durch andere Personen um Lohn verrichten zu lassen, so ist er auf Grund des L.R.S. 1142 und ff. auch zweifellos berechtigt, dafür Entschädigung zu begehren.

Mit Unrecht wird behauptet, daß Letztere nur von den einzelnen Frohndpflichtigen, welche die Fuhren zu stellen gehabt hätten, nicht aber von den Gemeinden gefordert werden können, denn es handelt sich bei den erwähnten Bauten um die Erfüllung einer Frohndlast, welche auf der Ortsangehörigkeit im Allgemeinen ruhte, bei welcher folglich nicht die Einzelnen, als solche, sondern die Gesammtheit der Pflichtigen betheiligt war, welche daher auch zufolge der Bestimmungen des §. 2 und 4 des zweiten Constitutionsedikts die *Gemeinden* zu vertreten hatten. Wie deßhalb diese Letzteren bei Erhebung der Negatorienklagen sachberechtigt waren, so sind sie auch nunmehr in dem vorliegenden Rechtsstreite, wo der Ersatz des aus der widerrechtlichen Frohndverweigerung hervorgegangenen Schadens in Frage ist, die rechten Beklagten.“

Es lag in der Natur der Sache, daß der Domänenfiscus den ihm durch die Verweigerung der Frohndleistungen zugegangenen Schaden nicht in allen Richtungen vollständig beweisen konnte. Die Entscheidungsgründe sprechen sich nun bei Prüfung dieser Beweise unter Anderm also aus: „Bei dieser Frage hat das richterliche Ermessen einen freieren Spielraum, als bei dem Beweise sonstiger streitiger Thatsachen, weil bei Entschädigungsforderungen in den meisten Fällen ein strenger Beweis der wirklichen Schadensbeträge gar nicht geführt werden kann, und darum im Interesse des materiellen Rechts den Gerichten es zukommt, *die Schadensgröße nach den Umständen und nach Billigkeit zu bestimmen.* Diesen Grundsatz hat die badische Gesetzgebung sowohl in §. 15 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen, als in §. 595 der neuen Pr.O. anerkannt.“

Die Entscheidungsgründe erörtern nun, auf welchen Betrag die Größe des dem Domänenfiscus zugegangenen Schadens festzusetzen sei, und fahren sodann fort:

„Diese Ersatzsummen haben die Beklagten zufolge der Bestimmungen des L.R.S. 1153, 1907 a und des §. 284 No. 2 der Pr.O. vom Tage der behändigten Ladung an mit 5 pCt. zu verzinsen. Die weitere Forderung von Zinsen vom Tage der jeweiligen Auslage an, ist aber nach dem 3. Absatze des L.R.S. 1153 nicht begründet. Eine Ausnahme von der Bestimmung dieses Landrechtsatzes, daß die Zinsen erst vom Tage der Anforderung in Anspruch genommen werden können, tritt zwar allerdings in dem Falle ein, wenn das Gesetz selbst sagt, der Zinsenlauf solle kraft Gesetzes beginnen, und es wird Seitens des Klägers behauptet, daß er hinsichtlich der Auslagen für die fraglichen Fuhren als *Geschäftsführer* der Beklagten erscheine, der Geschäftsführer aber kraft Gesetzes berechtigt sei, von seinen Auslagen die Zinsen von dem Tage an zu verlangen, wo er den Vorschuß beweislich gemacht habe. Allein abgesehen davon, daß das vorliegende Rechtsverhältniß nicht als eine Geschäftsführung im Sinne des L.R.S. 1372 betrachtet werden kann, ist es auch unrichtig, daß der Geschäftsführer Anspruch auf die Zinsen seiner Auslagen hat, indem das Landrecht nirgends eine derartige Bestimmung enthält, eine rechtsähnliche Anwendung des von den Pflichten eines Gewaltgebers bei einem Auftragsvertrag handelnden L.R.S. 2001 auf den Halbvertrag der Geschäftsführung aber nicht statthaft ist.

Dem Begehren, die beklagten Gemeinden für die zu ersetzende Summe sammtverbindlich haftbar zu erklären, konnte ebenfalls nicht entsprochen werden. Durch Berufung auf L.R.S. 1382 a kann dasselbe nicht begründet

werden, weil die Verweigerung der Frohndpflicht nicht als eine unrechte That im Sinne des L.R.S. 1382 sq., sondern als Nichterfüllung einer bestehenden **Verbindlichkeit** erscheint, weßhalb die Frage über die solidarische Haftbarkeit nicht nach der vorerwähnten Gesetzesstelle, sondern nach L.R.S. 1200 u. ff. beurtheilt werden muß. Der großh. Fiscus glaubt zwar auch darnach sein obiges Begehren rechtfertigen zu können, weil die Frohndpflicht der Beklagten den Character der Untheilbarkeit an sich trage. Dies ist jedoch nicht richtig, wie sich schon daraus ergibt, daß der großh. Fiscus inhaltlich seiner eigenen Erklärungen im vorliegenden Prozesse, sowie inhaltlich der von ihm angerufenen Administrativakten jene Pflicht als eine theilbare behandelt hat, indem er deren Erfüllung von den einzelnen Gemeinden nur zu einem bestimmten Antheile und nach einem bestimmten Maaßstab, nämlich nach Verhältniß des frohndbaren Viehstandes verlangt, und somit jedenfalls die Frohndpflicht getheilt worden ist. Die Auslagen, welche der großh. Domänenfiscus für die Beifuhr der Baumaterialien hatte, wurden mithin auch nur nach jenem Verhältniß für jede einzelne Gemeinde bestritten, und sind darum die einzelnen Gemeinden auch nur bezüglich der **für sie** gemachten Auslagen ersatzpflichtig x.

D.

II.

Beitrag zur Auslegung des §. 492 des St.G.B. bezüglich der Frage, wann die Abnahme des durch ein rechtskräftiges Civilurtheil auferlegten Eids oder Handgelübdes als gesetzlich unstatthaft erscheint, und deßhalb Straflosigkeit des Meineids und Handgelübdebruchs eintritt.

(Thilo, Note 3 zu §. 492 St.G.B. Annalen XIX. 44. XXI. 173.)

Als Cyriak **Haas** von Oberlich im Vollstreckungswege den Rest einer rechtskräftigen Forderung gegen Ignatz **Vogt** von Erlach betrieb, trat der Schuldner Vogt mit einer Einsprache auf, indem er unter Vorlage von Quittungen behauptete, den C. Haas nach Erlassung des Urtheils gänzlich befriedigt zu haben, was dieser widersprach, wobei er zwar die Quittungen als ächt anerkannte, aber bezüglich der Schlußquittung vom 11. August 1854 über eine Zahlung von 50 fl. geltend machte, daß er damals nur 25 fl. bezahlt erhalten, und aus einem ihm unbegreiflichen Versehen einen größeren Empfang bescheinigt habe. Sofort schob er dem J. Vogt ein Handgelübde dahin zu: es sei nicht wahr, daß er dem C. Haas damals nur 25 fl. bezahlt habe. Das Amt erkannte auf dieses Handgelübde, und zwar deßhalb, weil jenes Vorbringen des C. Haas die exceptio doli enthalte. Nachdem sofort dieß Handgelübde dem J. Vogt abgenommen, und durch das Bereinigungserkenntniß C. Haas mit seiner Restforderung unter Verfällung in die Kosten abgewiesen worden war, leitete das Amt gegen J. Vogt eine Untersuchung wegen Handgelübdebruchs ein, dessen er auch durch Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 27. Oktober v. J. für schuldig erklärt und zu einer geschärften Kreisgefängnißstrafe von 10 Wochen, zu 50 fl. Geldstrafe und im Falle der Unbeibringlichkeit zu weiterer Kreisgefängnißstrafe von zwei Wochen, und zur Bezahlung einer Entschädigung von 28 fl. 37 kr. nebst 5 pCt. Zins aus 19 fl. 28 kr. vom 11. August 1854 an C. Haas sowie in die Kosten verurtheilt wurde. Auf den Rekurs des Angeschuldigten und die Anschließung des großh. Staatsanwalts zu dessen Gunsten erhielt dieses Urtheil unterm 19. Februar v. J. die oberhofgerichtliche Bestätigung.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die in der dem Angeschuldigten eröffneten, ganz vollständigen Zusammenstellung erörterten Verdachtsgründe liefern den Beweis, daß der Angeschuldigte am 11. August 1854 dem C. Haas allerdings nur 25 fl. bezahlt, er mithin durch das ihm förmlich abgenommene Handgelübde unwahrer Weise das Gegentheil versichert hat. Das Benehmen des Angeschuldigten, die Neuheit des Vorganges und alle Umstände des Falls begründen auch die Ueberzeugung, daß er die Unwahrheit **wissentlich** versichert hat, weßhalb alle Voraussetzungen vorhanden sind, um die Strafe des Handgelübdebruchs gegen ihn zu erkennen, (St.G.B. § 502. 481) sofern nicht, wie der Angeschuldigte in seiner schriftlichen Vertheidigung geltend macht, gemäß St.G.B. §. 492 Straflosigkeit deßhalb eintreten muß, weil das Handgelübde gesetzlich unstatthaft war.

Allerdings ist nun zwar das amtliche Urtheil, welches auf das Handgelübde erkannte, unrichtig *), da es gegen

*) Die Quittung vom 11. August 1854 ist so mangelhaft, daß darin der Zahlende nur mit seinem Tauf- nicht auch mit dem Fa-

die Bestimmung in L.R.S. 1360a Pr.O. §. 526 verstößt, allein dieß ist keiner der Fälle, welchen §. 492 St.G.B. im Auge hat.

Davon nämlich, daß das Handgelübde im Widerspruche mit dem Urtheile, oder mit Verletzung der gesetzlichen Formvorschriften abgenommen wurde, ist nicht die Rede, es handelt sich mithin nur von dem Falle des §. 492, daß das Handgelübde da, wo es gesetzlich unstatthaft war, abgenommen wurde. Das Gesetz ist hier allerdings etwas unbestimmt gefaßt, dagegen ist die Absicht des Gesetzgebers unzweifelhaft nicht die gewesen, daß jede Unrichtigkeit des Civilurtheils von dem Strafrichter berücksichtigt werden müßte, indem er sonst die mit der Trennung der richterlichen Gewalten unvereinbarliche Befugniß und Pflicht hätte, stets zu prüfen, ob der Civilrichter mit Recht auf den Eid oder das Handgelübde erkannt habe, vielmehr muß man, wie sich aus den Verhandlungen bei Abfassung des Strafgesetzes ergibt, die fragliche Bestimmung in vernünftiger Weise beschränken, und so nur eine Unstatthaftigkeit da annehmen, wo die Eidesmündigkeit fehlt, oder wo unter der Voraussetzung der Richtigkeit des Civilurtheils die Abnahme des Eids oder des Handgelübdes gegen ein verbietendes Gesetz geschah *), welches Beides im vorliegenden Falle keine Anwendung findet. Dagegen ist auf den Einfluß, welchen das Gefühl von der Unrichtigkeit des Civilurtheils auf den Angeschuldigten ausüben mußte, bei Ausmessung der Strafe allerdings zufolge §. 149. 150 St.G.B. geeigneter Bedacht zu nehmen.

Wie sich aus den Akten des Civilprozesses und aus dem Zugeständnisse des Angeschuldigten ergibt, verlor C. Haas in Folge dieses Handgelübdebruchs den Betrag von 19 fl. 28 kr. an seiner Hauptforderung und 9 fl. 9 kr. Kosten, zu deren Ersatz nebst den Zinsen der Angeschuldigte kraft L.R.S. 1382 ff. nach dem Antrage des abhärirenden Beschädigten verurtheilt werden muß. St.Pr.O. §. 333 §. 17 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht von St.G.B. §. 503. 508 sowie gemäß St.P.O. §. 351 wegen der Kosten wurde, wie geschehen, erkannt.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Insoweit der Angeschuldigte durch den von ihm eingeführten Rekurs und der großh. Staatsanwalt am mittelrheinischen Hofgerichte im Wege der Anschließung sich gegen das hofgerichtliche Straferkenntniß aus dem Grunde beschweren, weil nicht schon allein in Hinsicht auf die Vorschrift des §. 492 des St.G. eine Straflosigkeit des Angeschuldigten ausgesprochen worden sei, erscheint das ergangene hofgerichtliche Urtheil durch die in seinen Gründen näher ausgeführte der Absicht des Gesetzgebers allein entsprechende Auslegung des §. 492 des St.G. vollkommen gerechtfertigt, wornach dieser §. 492 des St.G. auf die mit Beobachtung der vorgeschriebenen Formen erfolgte Ausschwörung solcher Eide, beziehungsweise Handgelübde keine Anwendung finden kann, welche einer Civilpartei durch ein in Rechtskraft getretenes, somit gesetzlich rechtsbeständiges Urtheil des Civilrichters auferlegt worden sind, und welche also ihren gesetzlichen Rechtsbestand in dem unter den Parteien wirksamen Urtheil selbst finden. (Vergl. insbesondere die Verhandlung in der Sitzung der II. Kammer der bad. Stände, vom 27. Juni 1844, nach welcher die dermalige Fassung des Gesetzes beschlossen worden ist, und Annalen der bad. Gerichte von 1852 S. 41 Note.)

In Erwägung dessen und in Anbetracht, daß der Angeschuldigte, — wie schon die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe ausführen, — der wissentlich falschen Ableistung des durch Urtheil des Amts Oberkirch vom 15. Januar 1855 auferlegten Handgelübdes durch das Gesammtergebniß der Untersuchung als vollkommen überführt erscheint, daß namentlich der hiergegen in der Rekursbeschwerdeschrift angezogene §. 262 der St.P.O. schon allein aus dem Grunde außer Acht kommt, weil nicht diese nie ins Leben getretene Vorschrift der St.P.O. von 1845, sondern §. 104 des Einf.Ges. maßgebend ist, wonach in allen Strafsachen die Ueberführung des Angeschuldigten lediglich nur durch

miliennamen bezeichnet, und die Schuld, an welcher gezahlt wurde, gar nicht erwähnt ist, deßhalb die Auflage eines suppletorium an den Producenten Vogt wohl gerechtfertigt gewesen wäre. Da jedoch dieses eine andere Fassung hätte haben müssen, und das Amt ausdrücklich auf das zugeschobene Handgelübde, über die exc. doli erkannt hatte, so ließ sich auch auf diesem Wege das amtliche Urtheil nicht aufrecht erhalten.

D. E.

*) Hierher wäre wohl zu rechnen, wenn ungeachtet der Appellationsanmeldung die Abnahme des urtheilsmäßigen Eids oder Handgelübdes stattgefunden hätte. Natürlich muß §. 492 auch in den bei der vorliegenden Entscheidung nicht in Betracht kommenden Fällen der unzulässigen Verpflichtung von Zeugen zur Anwendung gelangen.

D. G.

die innere auf die vorliegenden Beweise begründete Ueberzeugung des Richters von der Schuld des Angeschuldigten festgestellt wird,

in endlicher Erwägung, daß auch die erkannte Strafgröße, sowie die dem Angeschuldigten nebstdem auferlegte Entschädigungspflicht ebenfalls schon durch die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe genügend motivirt ist,

mußte wie geschehen, das hofgerichtliche Urtheil bestätigt, und der Angeschuldigte auch in die Kosten der Rekursinstanz verfällt werden.

Dr. Puchelt.

III.

Zur Auslegung des §. 1193 der Pr.O.

Gehört die im §. 734 der Pr.O. geregelte Aufforderung zu denjenigen Klagaufforderungen, in Ansehung welcher kein dritter Rechtszug statt findet?

Diaconissen-Anstalt gegen Nägele in Karlsruhe.

Durch die übereinstimmenden Urtheile erster und zweiter Instanz ist ausgesprochen:

„Es sei der hiesigen Diaconissen-Anstalt, soweit dieß etwaige von dem Aufgeforderten Partikulier Nägele zu erhebende, aus Gründen des Privatrechts hergeleitete Widersprüche betrifft, zu gestatten, den beabsichtigten Bau nach dem vorgelegten Risse auszuführen.“

Dagegen ergriff der Beklagte das Rechtsmittel der Oberberufung und suchte zu zeigen, daß unter den in §§. 1185 und 1193 der Pr.O. genannten Klagaufforderungen, in Ansehung welcher kein dritter Rechtszug statt finde, nicht auch die im §. 734 geregelte Aufforderung zu verstehen, und daß die Oberappellation schon wegen Verletzung der Vorschriften des Verfahrens zuzulassen sei, welche darin bestehe, daß großh. Hofgericht gegen den Antrag der Beschwerdeschrift sich auf eine Prüfung der vorgetragenen Widersprüche und zwar ohne Verhandlung darüber eingelassen habe.

Durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 14. Februar l. J. wurde jedoch die Oberberufung als unzulässig verworfen.

Gründe.

In Erwägung, daß der 36. Titel der Pr.O. unter den Aufforderungen zur Klage auch die Aufforderung des §. 734 in Bausachen begreift;

daß nach §. 1193 gegen Erkenntnisse über Klagaufforderungen eine Oberappellation in keinem Fall statt findet;

auch überall kein Grund zu der Unterstellung vorliegt, das Gesetz habe den Weg zur dritten Instanz, während es ihn im Aufforderungsverfahren zur Geltendmachung von eigentlichen Klagen (§. 626. 627) verschloß, im Aufforderungsverfahren zur Geltendmachung von Widersprüchen (§. 734) öffnen wollen, vielmehr das Motiv des Gesetzes:

daß es sich nicht um die Entscheidung der Hauptsache, sondern nur eines, für die Hauptsache präparatorischen Rechtsstreits handle,

bei der einen wie bei der anderen Gattung von Aufforderungen zutrifft;

in Anbetracht, daß auch die Entscheidung der Frage, ob der Aufgeforderte in der ihm gesetzten Frist Widersprüche civilrechtlicher Natur vorgetragen habe, in den Bereich dieses präparatorischen Verfahrens fällt, folglich keine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens enthält.

A. d. Gr. 2c. D. R.

IV.

Ein richterliches Unterpfand wird durch den Eintrag eines Urtheils in das Pfandbuch gegen den Verurtheilten nur dann erworben, wenn das Urtheil nicht nur dem Kläger, sondern auch dem Beklagten verkündet ist.

L.R.S. 2123. Pr.O. §. 345. 350.

Die Wittwe Friedmann hatte gegen die Hatz'schen Eheleute zwei Liquiderkenntnisse auf Zahlung einer Summe Geldes erwirkt, und obschon der Hatz'schen Ehefrau weder die Ladungsverfügung noch das Urtheil zugestellt worden war, dieses Urtheil in das Unterpfandsbuch auch auf ihren Namen eintragen lassen. Nach mehreren Jahren erhielt die Ehefrau Hatz hiervon Kenntniß und klagte gegen die Friedmann auf Strich dieses Eintrags. Das unterrichterliche nach dem Klagebegehren erkennende

Urtheil wurde von dem mittelrheinischen Hofgericht bestätigt und zwar aus folgenden

Gründen.

Nach L.R.S. 2123 gibt ein richterliches Unterpfand jedes Urtheil dem, für den es ergeht. Es kann daher auch nur gegen eine Person ein Urtheil Unterpfandsrecht wirken, wenn es gegen dieselbe ergangen ist. Ein Urtheil kann aber gegen eine Person nur dann als ergangen, als für sie existirend gelten, wenn es ihr verkündet worden ist, §. 345. 350. der Pr.O.; und keine Wirkungen eines Erkenntnisses, welche derselben einen Nachtheil bringen, können eintreten, wenn dasselbe rechtlich noch nicht existirt. Die Klägerin erscheint daher vollkommen berechtigt, den Strich der beiden gegen sie eingetragenen Liquiderkenntnisse, welche ihr weder verkündet noch zugestellt worden sind, zu begehren.

Die Beklagte hat zwar ihren Anspruch hauptsächlich auch darauf zu stützen gesucht, daß ja selbst ein fürsorgliches Urtheil Unterpfandsrecht nach L.R.S. 2123 gewähre. Allein auch dies ist immer nur unter der Voraussetzung der Fall, daß das fürsorgliche, wie das endliche Urtheil für die Partei, gegen welche es wirken soll, existire, und diese rechtliche Existenz ist an die Bedingung der Eröffnung des Urtheils an sie geknüpft.

Ottendorf.

V.

Zur Erläuterung des §. 1021 der Pr.O.

Fischer gegen v. Neuenstein.

Gegen eine am 24. April 1852 abgehaltene Zwangsversteigerung hat ein Dritter deßhalb Beschwerde erhoben, weil unter den zugeschlagenen Grundstücken sich solche befänden, hinsichtlich welcher er mit dem Schuldner in ungetheilter Gemeinschaft des Eigenthums stehe. Es lag sonach der Fall des §. 1039 No. 1 der Pr.O. vor.

Das Untergericht und mit ihm auch das großh. Hofgericht hielt aber die Beschwerde für verspätet, da sie, einmal an die Dauer einer bestimmten Frist von 4 Wochen gebunden und von derselben abhängig, nicht mehr nach Umlauf dieser Frist zugelassen werden könne. Pr.O. §. 1021 *)

Auf eingewandte Oberberufung wurde hingegen die Klage für zulässig erkannt, weil der §. 1021 das Verhältniß dritter, bei der Vollstreckungshandlung nicht betheiligter Personen überall nicht berühre, während in dem vorliegenden Falle die Einsprache nach §. 1041 in Verbindung mit §. 1039 No. 1 als rechtzeitig erscheine, da der betreibende Gläubiger zur Zeit der Einsprache die Ergebnisse der Vollstreckung nicht bereits erhalten hatte. †.

*) Vergl. jedoch Annalen XXI. 155. III.

Berichtigung.

In No. 10 S. 80 IV. ist „2109" statt „2409" zu lesen.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 12.

I.

Ist die Anstiftung strafbar, auch wenn sie das beabsichtigte Verbrechen nicht zur Folge hatte?

Annalen XII. No. 16. S. 128.

§. 1.

Nach allgemeinen Grundsätzen.

Der Begriff des Versuches der intellectuellen Urheberschaft bestimmt sich selbstverständlich verschieden je nach der Ansicht vom Wesen der intellectuellen Urheberschaft selbst.

Von positiven Gesetzen abgesehen, so läßt sich die letztere in dreierlei Weise auffassen:

1) als selbstständiges Verbrechen, welches, ohne Rücksicht, ob der Angestiftete in Folge der Anstiftung etwas gethan hat, mit der letzteren vollendet ist;

2) als ein Versuch des — vom Thäter (Angestifteten) zu verübenden Hauptverbrechens.

Endlich läßt sich

3) eine beide vorhergehenden Theorien vermittelnde aufstellen, wornach die Anstiftung zwar ein selbstständiges Verbrechen (delictum sui generis) ist, dessen Vollendung aber von der Vollendung des Hauptverbrechens abhängt.

Die erste Begriffsbestimmung *) ist zwar logisch richtig, aber ohne praktischen Nutzen, wenn man, wie ihre Vertheidiger es thun, einen strafbaren Versuch der intellectuellen Urheberschaft auch schon in dem Falle statuiren will, wenn die Thätigkeit des Anstifters unvollendet blieb; (er also in den zur Anstiftung erforderlichen Handlungen unterbrochen wurde.) Denn es läßt sich bei der Innerlichkeit der fraglichen Vorgänge die Wirkung einer unvollständigen Anstiftung auf das Gemüth des Anzustiftenden nicht theilen.

*) Ihr folgt Mittermaier im neuen Archiv des Criminalrechts. I. Bd. p. 177.

Die zweite Theorie *) faßt die Anstiftung nur von Einer Seite — der objektiven — auf, indem dabei nur auf den Erfolg der Handlung Rücksicht genommen wird. In dieser Beziehung wird allerdings Versuch und Vollendung unterschieden. Außer Acht gelassen ist dabei die zweite — subjective — Seite, die jede Verbrechenshandlung bietet. Die Untersuchung, in wie fern das Verbrechen mit dem Willen und der Thätigkeit des Verbrechers in ursachlichem Zusammenhang steht.

Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen peinlichen Rechts, XIV. Auflage §. 42 und 44.

Im Gegensatz zum Gehilfen wird man aber in letzterer Beziehung vom Anstifter behaupten müssen, daß er — wenigstens mittelbar — Urheber des Verbrechens sei.

Dieser Auffassung kann sich die Anstiftung so wenig als ein andres Verbrechen entziehen und es wäre also das Wesen derselben mit der Bezeichnung als Versuch des Hauptverbrechens noch keineswegs erschöpft, wenn man diese Definition billigen würde.

Aber die hier bekämpfte Theorie ist nicht blos einseitig; sie ist auch unrichtig, und muß deren Vertheidigung besonders bei Zachariä auffallen, der zum Versuch der richtigen Lehre gemäß, einen Anfang der Ausfüh-

*) Sie vertheidigt Zachariä, die Lehre vom Versuche der Verbrechen. II. Thl. Göttingen 1839. §. 165 und 184. Dieser Schriftsteller hatte übrigens in dem einige Jahre früher herausgegebenen ersten Theile genannten Werks (§. 33) der entgegengesetzten Ansicht gehuldigt, die Anstiftung als selbstständiges Vergehen betrachtet und demgemäß einen Versuch und Vollendung der Anstiftung (nicht des zu verübenden Vergehens) unterschieden.

D. C.

rung fordert. Nun gehört es ja gerade zum Wesen der Anstiftung, daß die Ausführung des Verbrechens ganz in der Hand eines Andern liegt und solche vom intellectuellen Urheber mithin auch nicht einmal begonnen werden kann!

Zudem könnte man der Zachariä'schen Auffassung entgegenhalten, daß es nach dieser normalen Weise einen Versuch ohne Vollendung gäbe. Zachariä betrachtet nämlich die Anstiftung, wenn sie gelang, als beendigten; wenn sie mißlang als nicht beendigten Versuch des Verbrechens.

Während nun im Allgemeinen der Versuch gerade im Hinblick auf die Möglichkeit der Vollendung mit Strafe bedroht ist, so bedroht Zachariä die Anstiftung als Versuch, obgleich es ihr unmöglich ist, zum Stadium der Vollendung fortzuschreiten.

Die dritte *) Theorie theilt mit der ersten die wichtige Auffassung des Wesens der Anstiftung, während sie andererseits der objectiven Richtung des deutschen Strafrechts Rechnung tragend, die harten Consequenzen jener vermeidet.

Die intellectuelle Urheberschaft stellt sich darnach als eine besondere Form verbrecherischer Thätigkeit dar, wie dieß mit der Fahrlässigkeit der Fall ist. Mit dieser hat die Anstiftung gemein, daß bei ihnen beiden der unmittelbare Zusammenhang von bösem Willen und verbrecherischer Handlung aufgehoben ist; bei den culposen Verbrechen macht der Erfolg, bei der Anstiftung der böse Wille verantwortlich; bei den ersteren überwiegt das Thatmoment; bei letztrer das des Willens. Aber so wenig als die eine, so wenig ist die andere eine Stufe, ein Versuch der dolosen Verbrechen des physischen Urhebers. Beide sind besondere Delictsformen; Nüancirungen des Verhältnisses zwischen Willen und Erfolg.

Nach den verschiedenen hier besprochenen Theorien beantwortet sich die in der Unterschrift aufgeworfene Frage verschieden; die dritte führt zur Bejahung derselben. Diese Consequenz ergibt sich aus der Anwendung des Versuchsbegriffes auf das Verbrechen der Anstiftung. Dadurch gelangen wir zu dem Ergebnisse: Sobald der Anstifter alle zur Anstiftung erforderlichen Handlungen vorgenommen, der Angestiftete aber das Verbrechen nicht vollendet, ist der erstere wegen Versuchs strafbar, gleichgültig, ob der Thäter das Verbrechen nicht verübte, weil es dem intellectuellen Urheber von Anfang an nicht gelang, den Willen des Thäters zu bestimmen, oder weil der Thäter freiwillig oder gezwungen später abstand.

*) Hepp im Archiv des Criminalrechts. Neue Folge. Jahrg. 1836. p. 51.

§. 2.

Nach römischem Rechte.

In diesem findet sich zwar kein Strafgesetz, welches die Anstiftung allgemein mit Strafe bedroht. Allein in einer Reihe von Quellen-Aussprüchen werden bei Bezeichnung der Handlungen, die unter ein bestimmtes Strafgesetz fallen, auch solche der Anstiftung aufgeführt, ohne daß dabei verlangt wird, daß der Angestiftete in Folge der Anstiftung zur Ausführung des Verbrechens geschritten sei.

So fällt unter die lex Cornelia de sicariis et veneficis derjenige: qui venenum malum necandi hominis causa fecerit vel vendiderit l. 3 pr. (48, 8.) ferner derjenige: qui, quum magistratus esset, publicove judicio praesset, operam dedisset, quo quis falsum judicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur, condemnaretur l. 1 pr. eod. — Nach der l. 7 (48, 9) fällt unter die lex Pompeia de parricidiis wer Geld herleihet, damit ein parricidium begangen werde und mit der Strafe der lex fabia de plagiariis ist bedroht: qui servo alieno servaeve persuaserit, ut a domino dominave fugiat. l. 6, §. 2. (48, 15.) In keiner dieser Stellen ist die Strafbarkeit des Anstifters davon abhängig gemacht, daß der Thäter in Folge der Anstiftung eine verbrecherische Handlung vornahm und mit Recht hält deßhalb Luden (über den Versuch des Verbrechens nach gemeinem deutschem Rechte pag. 115—146) solches zur Strafbarkeit der intellectuellen Urheberschaft nach röm. Rechte nicht für nöthig. Die entgegengesetzte Ansicht Zachariäs (l. c. II. Thl. p. 109—126) gründet sich nicht auf ausdrückliche Aussprüche der Quellen, sondern darauf, daß in den Stellen, welche die Anstiftung bedrohen, vorausgesetzt werde, daß wirklich eine in den Gesetzen bedrohte That vom Angestifteten begangen sei. Allein es wäre doch auffallend, wenn die römische Criminalgesetzgebung wirklich diesem Grundsatz gehuldigt hätte, da solcher nirgends ausgesprochen ist.

Und ist die hier vertheidigte Ansicht nicht der subjectiven Richtung des römischen Strafrechtes gemäß, einem Strafrechte, welches selbst denjenigen mit der Strafe der lex Cornelia de sicariis bedroht, qui hominis occidendi causa cum telo ambulaverit? (L. 1. pr. 48, 8.)

Nur bezüglich der Privatdelicte muß man der Ansicht Zachariä's (l. c. II. Thl. p. 116—118) beitreten. Allein bei der eigenthümlichen Natur dieser Delicte *) kann daraus ein Schluß auf die delicta publica et extraordinaria nicht gezogen werden.

Auf der andren Seite muß Zachariä zugestehen, daß die Aufreizung von Soldaten zur Empörung, auch wenn sie ohne Erfolg blieb, unter die lex Julia majestatis falle. **)

Uebrigens hält Luden (l. c. p. 294) dafür, daß die Strafbarkeit des intellectuellen Urhebers nach röm. Rechte erst mit dem Momente beginne, in welchem sich der physische Urheber bereit gezeigt, das Verbrechen zu begehen.

§. 3.

Nach gemeinem Rechte.

Das germanische Recht straft bekanntlich die nicht vollzogenen Verbrechen gelinder, als die vollendeten. Diese generalis consuetudo des Mittelalters war auch für unsere Frage von Einfluß. Nicht als ob man die Strafbarkeit des Anstifters von einer erfolgten verbrecherischen Handlung des Thäters abhängig gemacht hätte. Im Gegentheil ergibt sich aus der Ausführung Zachariä's (l. c. II Thl. p. 129), daß in den Statuten italienischer Städte, wie von den ital. Practikern wenigstens bei schwereren Verbrechen auch die nicht vollzogene Anstiftung bestraft wurde. Nur ließen sie — anders als das röm. Recht — nicht die ordentliche, sondern eine gelindere Strafe eintreten und nur beim Auftrag zum Morde wird übereinstimmend etiam effectu non secuto auf die ordentliche (Todes-) Strafe erkannt.

Hervorzuheben ist noch, daß die Praktiker sich auch die Frage aufwerfen, von welchem Momente die Strafbarkeit des Mandatars bei verbrecherischem Auftrage beginne. Einer derselben hält dafür, der Mandatar könne ex sola susceptione mandati nie gestraft werden, ausgenommen beim assassinium. Zachariä c. c. II. Thl. p. 152.

Die peinliche Gerichtsordnung Kaisers Karl V. hat an den Bestimmungen des röm. Rechts nichts geändert. Der Wortlaut der Art. 177. 178 läßt keinen Zweifel, daß dabei an intellectuelle Urheberschaft nicht gedacht ist. *)

Die Praktiker nach der CCC. schließen sich den oben angedeuteten Principien der italienischen Juristen an und der Streit dreht sich auch hier hauptsächlich nur um das Strafmaaß, nicht um die Frage nach der Strafbarkeit überhaupt.

Auch in den älteren deutschen Particularrechten findet sich die hier vertheidigte Ansicht anerkannt und manchmal werden auch hier Bestimmungen über den Anfangspunkt der Strafbarkeit des Angestifteten eingemischt.

Zachariä c. c. II. Thl. p. 193. Note 2.

Bei dieser Uebereinstimmung der Quellenaussprüche mit der Natur der Sache ist es auch nicht zu verwundern, wie die Mehrzahl **) der Lehrer des gemeinen Rechts einen strafbaren Versuch des psychischen Urhebers ganz abgesehen davon statuiren, ob der Thäter Folge leistete oder nicht. Nur in der Fixirung des Anfangspunkts der Strafbarkeit des Anstifters und in Bezug auf die verwirkte Strafe weichen die Schriftsteller von einander ab. In ersterer Richtung nämlich wird von einigen der intellectuelle Urheber schon dann für strafbar gehalten, wenn er seinen Auftrag oder Rath ertheilt hat, ohne Rücksicht darauf, ob der andere eingewilligt oder nicht.

Mittermaier im Neuen Archiv des fr. Rechts. I. Bd. p. 178.

Zickler, Archiv des Crim.R. n. F. Jahrg. 1839. p. 442.

Luden dagegen fordert, wie bereits angegeben, daß sich der physische Ueheber bereit gezeigt hat, das Verbrechen zu begehen.

In 2. Richtung — was nämlich die Strafe des Anstifters (bei nicht vollführtem Verbrechen) betrifft, wird bald die des beendigten, bald die des nächsten Versuchs angenommen.

Hepp im Archiv des Cr.Rechts N. F. 1836. p. 44 ff.

*) Luden l. c. p. 130 ff.

**) Gerade in diesem Punkte ist Luden (l. c. p. 229) entgegengesetzter Ansicht! Die bestrittenen Worte sind: quive milites sollicitaverit concitaveritve, quo seditio tumultusve adversus rempublicam fiat! L. 1. §. 1. i. f. 48, 4.

D. E.

*) Der Art. 203 der Bambergensis, welcher dem Art. 177 CCC. entspricht, lautet: „Item So yemand einem Mißthätter zu übung eyner mißthatt wissentlicher und geverlicher weiß einicherlei hilff und beystandt thut, ursach trôstung und Fürderung dazu giebt, wie das alles namen haben mage, ist peynlich zu strafen.“ Die Worte: „ursach und trôstung“ hat die CCC. nicht aufgenommen. cf. Luden l. c. p. 443. — Vom intell. Urheber spricht A. 107 CCC. (beim Meineid.)

D. E.

**) Die Literatur für die entgegengesetzte Ansicht, s. Mittermaier in Feuerbachs Lehrbuch §. 46, Note IV.

Marezoll, das gemeine deutsche Criminalrecht. Leipzig 1847. p. 124. Note 3.

Zachariä, c. c. I. Thl. §. 35. II. Thl. §. 184 u. 269.

Von Köstlin, neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechtes, §. 146—147, wird folgende eigenthümliche Unterscheidung aufgestellt: Wenn der Thäter nicht zum strafbaren Versuch kam aus Gründen, die von des Thäters Willen nicht abhängig waren, so sei auch der Anstifter straflos. Wäre dagegen das Verbrechen deßhalb unterblieben, weil der Angestiftete seinen Sinn wieder änderte und die Handlung unterließ oder zwar versuchte, aber vom Versuche freiwillig wieder abstand, so liege hier ein (nach Köstlins Ansicht strafbarer) Versuch mit untauglichen Mitteln vor. Der Grund dieser Unterscheidung Köstlins, liegt in der Annahme desselben, daß der physische Urheber „reines Mittel" und „Werkzeug" für den Anstifter sei.

Allein es ist unrichtig, daß durch die Anstiftung der Thäter ein willenloses Werkzeug des physischen Urhebers wird. Dieser bestimmt zwar den Entschluß des Thäters. Bei der Vollbringung des Verbrechens aber handelt dieser selbstständig. L. 21, §. 5 quod metus causa (4, 2) quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui? Savigny, System des Röm. Rechts III. Bd. p. 102. In einem Falle, wo der Thäter wirklich nur das Werkzeug des Andern ist, erscheint er in der That gleichsam als Theil desjenigen, der ihn mißbraucht; dieser ist alleiniger Thäter; von intellectueller Urheberschaft kann in solchem Falle keine Rede sein.

Auffallend ist es, daß Luden, nachdem er in seinem oftenwähnten Werke über den Versuch nachgewiesen, daß das römische Recht bezüglich unserer Frage der richtigen Ansicht folge, und daß die CCC. hierin nichts geändert habe, behauptet, wegen des objectiven Standpunkts des deutschen Rechts müsse man für das gemeine Recht das entgegengesetzte Princip befolgen; es müsse also der Mandant ganz ungestraft davonkommen, wenn der Mandatar nicht einmal eine strafbare Versuchshandlung begangen habe. L. c. S. 448. Allein die Objectivität des deutschen Rechts, wenn sie auch aus den einzelnen Bestimmungen desselben hervorleuchtet, ist gleichwohl kein Princip, aus welchem man neue Gesetze ableiten und über vorhandene Bestimmungen sich hinwegsetzen könnte. Mit Recht wird von Zachariä c. c. II. Thl. §. 184, Note 2 die Folgerung Ludens getadelt und bemerkt, daß der objective Standpunkt nur von Einfluß sein könne auf Bestimmung des Anfangspunkts der Strafbarkeit des Angestifteten. *)

Auch in neuern Strafgesetzbüchern findet sich unsere Frage in richtigem Sinne zum Theil ausdrücklich entschieden. **)

§. 4.

Nach badischem Rechte.

Das badische Strafgesetzbuch hat die hier erörterte Frage nicht ausdrücklich entschieden. Seine Bestimmungen über die intellectuelle Urheberschaft stehen aber mit der richtigen Ansicht im Einklang.

In dem im XXII. Jahrgange dieser Zeitschrift (p. 128) mitgetheilten Falle hat das Gr. Hofgericht des Mittelrheinkreises bezüglich der ohne Folge gebliebenen Anstiftung folgende Grundsätze aufgestellt: Nach §. 119 St.G.B. werde zur Strafbarkeit des Anstifters gefordert, daß er Ursache des Verbrechens geworden sei; die Anstiftung sei also regelmäßig straflos, so lange nicht in Folge derselben eine strafbare That (ein vollendetes oder versuchtes Vergehen oder eine strafbare Vorbereitungshandlung) verübt worden sei. Von dieser Regel mache §. 122 St.G.B. nur dann eine Ausnahme, wenn ein Auftrag ertheilt oder ein Lohn gegeben oder versprochen wurde. Bei den anderen Arten intellect. Urheberschaft sei also die erfolglos gebliebene Anstiftung straflos.

Allein wenn der §. 119 St.G.B. besagt, daß als Urheber nicht nur derjenige zu bestrafen sei, welcher das Verbrechen begangen hat, sondern auch Derjenige, welcher dadurch Ursache des Verbrechens ward, daß er den Thäter zur Begehung bestimmt hat, so wird hier augenscheinlich nur von dem vollendeten Vergehen der intellectuellen Urheberschaft gesprochen und bestimmt, daß den Anstifter nur dann die volle auf das vollendete Verbrechen gesetzte Strafe treffe, wenn das Verbrechen von dem Angestifteten vollendet worden ist. Es ist also damit die richtige (dritte) von den im §. 1 aufgeführten Theorien für das bad. Strafrecht anerkannt.

---

*) Auch in dieser Beziehung gehen Zachariä und Luden auseinander. Während der Letztere in dem röm. Rechte unsre Frage in dem hier vertheidigten Sinne beantwortet findet, statuirt er für das gemeine Recht das Entgegengesetzte. Zachariä dagegen bejaht für die gemeinrechtliche Doctrin die Frage, während nach seiner Ansicht das röm. Recht sie verneint.

**) Das französische Recht fordert, daß der Thäter eine Versuchshandlung vorgenommen und läßt andernfalls den Anstifter straflos. Zachariä l. c. II. Thl. p. 226, Note. Code pénal art. 60.

D. E.

Nichts steht aber entgegen, die vorhergehenden Bestimmungen über Versuch (§. 106 ff. St.G.B.) auf den Begriff des Verbrechens der intellectuellen Urheberschaft anzuwenden, wenn nicht eine besondere Gesetzesbestimmung entgegensteht. Dieß ist aber nicht nur nicht der Fall, sondern es gibt uns der Gesetzgeber selbst im §. 122 St.G.B. ein Beispiel eines solchen Versuchs, der, ohne daß dabei ein Versuch des intentirten Verbrechens Seitens des Thäters gefordert wird, strafbar ist, und wir gewinnen hieraus die Ueberzeugung, daß auch der bad. Gesetzgeber, davon ausgehend, daß die Anstiftung ein delictum sui generis sei, in dieser Absicht zugleich die Möglichkeit fand, denselben den Begriff des Versuchs anzupassen.

Allein in den Entscheidungsgründen des großh. Hofgerichts wird gerade aus §. 122 St.G.B. geschlossen, daß bei allen darin nicht genannten Arten der Anstiftung der intellectuelle Urheber straflos sei, wenn sie ohne Erfolg blieb.

Bezüglich der Tauglichkeit des argum. a contrar. genügt eine Hinweisung auf die Ausführung in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern n. F. XIII. Jahrgang S. 367.

Dort ist unter Berufung auf die Rechtsregel: unius positio non est alterius exclusio bemerkt, daß der Schluß der Analogie eigentlich näher liege, als das argum. a contario; daß deßhalb, um dem letztern Schluß und Eingang zu verschaffen, der positive Beweis geführt werden müsse, daß bestimmte erhebliche Thatsachen gerade diese Interpretationsregel rechtfertigen.

Allein das mehrerwähnte Erkenntniß des mittelrheinischen Gerichtshofs hat nicht nur solche Thatsachen nicht angeführt; es lassen sich sogar erhebliche Gründe dafür anführen, daß gerade hier der Schluß der Analogie vollkommen begründet ist.

Man kann intellectueller Urheber werden durch Auftrag, Befehl, durch Drohungen und durch Rath.

Feuerbach macht in seiner Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, II. Thl. p. 257 die Bemerkung, daß der Urheber durch Auftrag den geringsten Grad der Strafbarkeit habe, weil in seinen Handlungen weit weniger Gründe für die Existenz des Verbrechens enthalten sind, als in den Handlungen aller übrigen intellectuellen Urheber.

Gesteht man, wie man wohl muß, die Richtigkeit dieser Ansicht zu, so müßte es sicherlich auffallen, daß der badische Gesetzgeber die am wenigsten gefährliche Art der Anstiftung mit Strafe bedroht, die durch Zwang, Befehl, Drohungen u. s. w. aber straflos läßt, obgleich bei letzterer ein psychologischer Zwang geübt wird, während beim Mandat es dem freien Ermessen des Thäters anheimgestellt bleibt, ob er den Auftrag annehmen will oder nicht.

Allein, wird man einwenden, warum wurde denn die Anstiftung durch Auftrag im Str.G.B. besonders hervorgehoben?

Der Anstoß erregende §. 122 Str.G.B. hat gar nicht die Absicht, über die Strafbarkeit des Anstifters eine besondere Bestimmung zu geben. Diese wird vorausgesetzt. Dagegen soll hauptsächlich darin der Moment festgestellt werden, mit welchem die Strafbarkeit des Angestifteten beginnt.

Dieser letztre ist, wie er unter dem Einfluß von Drohung oder Befehl den Entschluß zur Verübung eines Verbrechens faßt, so lange er nicht eine strafbare Versuchs- oder Vorbereitungshandlung vorgenommen, gewiß straflos. Aber wenn der intellectuelle Urheber nur durch den Auftrag auf den Angestifteten einwirkte, dieser also, ohne durch psychologischen Zwang bestimmt zu sein, in ein Vertragsverhältniß *) zur Verübung eines Verbrechens sich einläßt, so liegt darin eine so verbrecherische Gesinnung, daß der Gesetzgeber es für nöthig fand, ihn mit der Annahme des Auftrags strafbar zu erklären, ohne daß bei ihm, wie bei dem durch Befehl bestimmten, eine äußere Bethätigung des verbrecherischen Entschlusses gefordert wird.

Es liegt also in der früher eintretenden Strafbarkeit des Angestifteten der Grund der Sonderbestimmung des §. 122 Str.G.B.

Der badische Gesetzgeber hatte aber um so mehr Veranlassung, diesen Spezellfall hervorzuheben, als ja schon, wie im §. 3 gezeigt, im gemeinen Rechte der Anfangspunkt der Strafbarkeit des Beauftragten controvers war. —

Eine Consequenz der Ansicht des Gesetzgebers über die Anstiftung findet sich im §. 664 Str.G.B., wodurch der Bestechende schon dann strafbar wird, wenn er das Geschenk angeboten oder versprochen hat! **)

Uebrigens gibt der §. 122 Str.G.B. zugleich Anhaltspunkte zur Entscheidung der im gemeinen Rechte

*) Pactum de delinquendo. s. Motive der Reg. bei Thilo ad §. 122 St.G.B.

**) Der Bestechende ist gewissermaßen der intellectuelle Urheber der Bestechung. s. Luden c. c. p. 295.

schwankenden *) zwei Fragen: 1) des Anfangspunktes der Strafbarkeit des Anstifters; 2) der Frage, ob letzter die Strafe des beendigten oder nicht beendigten Versuchs verwirkt habe.

Es ergibt sich:

ad 1. aus der angezogenen Gesetzesstelle, daß der Anstifter, um strafbar zu sein, den verbrecherischen Entschluß des Andern bestimmt haben muß. Ist es ihm nicht gelungen, den Willen des Andern zu bestimmen, so ist er straflos, denn diese Voraussetzung enthält §. 122 für den Mandanten und es ist kein Grund, diese Bestimmung bei den anderen Arten der Anstiftung nicht gelten zu lassen. **) Uebrigens ist mit diesem Fall nicht der zu verwechseln, wenn der Thäter zwar bestimmt wurde, aber später seinen Entschluß änderte, abstand. Dieses ist von der Thätigkeit des Anstifters unabhängig und kann diesem nicht zu Statten kommen.

Aus dem zu 1 angeführten Grunde tritt:

ad 2. bei allen Arten der Anstiftung stets nur die Strafe des nicht beendigten Versuchs beim Anstifter ein, so lange nicht der Thäter eine strafbare Versuchs- oder Vorbereitungshandlung unternommen hat. ***)

Wie das badische Strafgesetz sonach mit der gemeinrechtlichen Doctrin im Wesentlichen im Einklang steht, so entspricht dies hier vertheidigte Princip sicher auch den Anforderungen der Gerechtigkeit besser, als das entgegengesetzte.

---

*) S. oben im §. 3.

**) In dieser Beziehung weicht also das bad. Recht von dem im §. 1 gewonnenen Resultate ab.

***) Mittermaier faßt die Bestimmungen des bad. Rechtes in dem hier vertheidigten Sinne auf. In seinen Druckbogen zu den §§. 42—53 des Feuerbach'schen Compendiums bemerkt er, daß nach der gemeinrechtlichen Doctrin der Anstifter wegen Versuchs strafbar sei, wenn der physische Urheber das Verbrechen nicht ausführte. Sodann fährt er fort: „Nach den neuen Gesetzgebungen Würtemberg's Art. 77, Braunschweig's Art. 51, Baden's §. 122, wird die bloße Anstiftung schon bestraft (jedoch nach den Grundsätzen des Versuchs) wenn der Andere die Begehung zugesagt."

D. E.

II.

1) **Die Rechtsregel: Exceptiones sunt perpetuae, hat ihre Ausnahmen.**

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. V. S. 418 ff.

2) **Der Gemeinschuldner bleibt im Besitze des Vermögens bis zu dessen endgiltiger Vertheilung unter die Gläubiger.**

Mayer, Vorträge über gemeines deutsches und badisches Gantverfahren S. 27.

3) **Das Begehren eines Gläubigers, womit er im Rangordnungsverfahren das Pfandrecht eines ältern Gläubigers wegen Gefährde nach L.R.S. 1167 angreift, um für sich den Vorrang zu erzielen, ist eine Hauptintervention, es mag der Gläubiger als Einsprachskläger oder als Einsprachsbeklagter im Prozesse erscheinen.**

Mayer a. a. O. S. 55 und §. 99 der Pr.O.

Savigny unterscheidet zur Beleuchtung obiger Regel: „exceptiones sunt perpetuae" drei Fälle:

Der in seinem Rechte Verletzte hat entweder

1) eine Exception ohne Klage, oder
2) eine Exception und eine Klage nebeneinander, oder
3) eine Klage ohne Exception.

Zum letztern Falle wird bemerkt:

„Dieser Fall ist so zu denken, daß der in seinem Rechte Verletzte, welcher ein Klagrecht hat, in einer solchen Lage sich befindet, worin der Gegner keine Klage gegen ihn hat, also auch er keine Exception gegen Jenen einwenden kann, erst nach vollendeter Klagverjährung ändern sich die Thatsachen so, daß der Gegner eine Klage gegen ihn erwirkt und von seiner Seite eine Exception gedacht werden kann, deren Verjährung jetzt in Frage kommt, z. B. nachdem der zur Veräußerung seines Guts gezwungene im Laufe der 30 Jahre die actio quod metus causa nicht erhoben und durch Zufall wieder den Besitz des Guts erlangt hat, wird gegen die Klage des aus dem Besitze gesetzten Erwerbers nun die „exceptio metus" entgegengehalten.

Die Ansichten über die fortdauernde Zulässigkeit der Einrede nach vollendeter Klagenverjährung im letztgedachten Falle sind getheilt. Savigny spricht sich auch hier für die Zulässigkeit der Einrede aus, indem er eine fortdauernde naturalis obligatio unterstellt.

Da jedoch die Verjährung ein vollgiltiger civilrechtlicher Erwerbstitel ist, da der durch Verjährung Erwerbende nur das gewinnt, was der frühere Inhaber (Eigenthümer, Gläubiger) verliert, so wird wohl die richtige Beantwortung der Frage des dritten Falls dahin gehen: daß die Einrede nicht mehr geltend gemacht werden kann, wo die durch Besitzstand des Gegners angezeigte Klage erloschen ist; wo nemlich der Eine ein Recht und zwar ein ausschließliches Recht auf eine Sache erworben hat, kann wohl der Andere und nicht einmal bedingt oder beschränkt zugleich noch ein Recht haben; eine solche Einrede greift offenbar in ihrer Begründung auf ein Rechtsverhältniß als Basis zurück, welches durch Verjährung erloschen ist und rechtlich zu existiren aufgehört hat!

In der Praxis der jüngsten Vergangenheit haben das Recht der Einsprachen (§. 1039 Pr.O. und die Lehre von der actio Pauliana L.R.S. 1167) ein Gefolge der außerordentlichen Entwerthung des Liegenschaftsbesitzes und der davon theilweise bedingten Crediterschütterung, sowie anderer beklagenswerther Ereignisse sich gründlich auszubilden, vielfältigen Stoff gefunden.

Die Erlöse der Pfandobjecte reichten nicht zur Deckung der Pfandgläubiger, und Collisionen aller Art — unter diesen auch nachstehende — waren unvermeidlich.

Der Gläubiger A. erwirkte im Jahre 1847 gegen den Schuldner C. ein richterliches Liquiderkenntniß und einen formgerechten Eintrag im Pfandbuch zur Wahrung seines Pfandrechts; einige Monate später erscheint B. und verlangt ebenfalls den Eintrag seines Urtheils zum gleichen Zwecke.

Der Schuldner bleibt Jahre lang noch unangefochten im Genusse seiner Liegenschaften.

Erst im Jahre 1853 — nach Umlauf von 6 Jahren — werden seine Liegenschaften im Zwangswege versteigert und die Erlöse vom Vollstreckungsbeamten verwiesen.

Der Gläubiger A. ist nicht verwiesen, — entweder weil er seine Anmeldung versäumt oder der Vollstreckungsbeamte ihn zur Liquidation nicht geladen oder endlich seine Forderung aus irgend einem anderen Grunde nicht berücksichtigt hat. —

Gestützt auf §. 1023 Pr.O. erhebt der nicht verwiesene ältere Pfandgläubiger Einsprache gegen die Verweisung und bittet um Location seiner Forderung im Range vor jener des B., und auf diese Einsprache sucht dann in der Vernehmlassung B. durch verschiedene thatsächliche Momente die Einrede der Gefährde nach L.R.S. 1167 zu begründen und die Nichtigkeit des von A. erwirkten Urtheils und Eintrags nachzuweisen.

Der Einsprachskläger entgegnet mit der längst vollendeten Verjährung des L.R.S. 1167a (Versäumung der gesetzlich vorgeschriebenen Klagfrist) und dieser vermeintlichen Replik soll nun der Satz: Exceptiones sunt perpetuae zerstörlich im Wege stehen!!

Man fühlt unwillkührlich ein Widerstreben gegen eine solche Theorie, und ist dieses Gefühl, — um mit Puchta zu reden, — nicht viel richtiger als die entgegengesetzte Theorie?!

Der Gläubiger B. erlangte schon vor Jahren Kenntniß von dem Eintrage des A. und dem Verhältnisse des letztern zu dem gemeinschaftlichen Schuldner; es war ihm jedenfalls möglich, bei dem Eintrage seines Urtheils Kenntniß hievon aus dem Pfandbuche zu erlangen und die Klage wegen Gefährde zu erheben!

Soll nun der Zufall, daß A. in der Verweisung übergangen wird, dessen wohlerworbenes, gegen jede Klage geschütztes Recht in Frage stellen?!

Ich glaube nicht.

Bis zu der endgiltigen Vertheilung des Vermögens — des gemeinschaftlichen Unterpfandes aller Gläubiger, — bleibt der Schuldner im Besitze desselben und bis zur Zahlung der verwiesenen Erlöse nach Maßgabe der Verweisung behält jeder Gläubiger sein Pfandrecht, und wenn dann ein zufällig, oder absichtlich nicht locirter Gläubiger — in der sichern Voraussetzung, daß sein Schuldner weder gegen seine Forderung noch gegen das Accessorium — das Pfandrecht — einen Einwand vorzubringen hat, seine Einsprache nur gegen den jüngern auf den Erlös verwiesenen Gläubiger richtet: so mag letzterer gemäß L.R.S. 1166 alle dem Schuldner zustehenden Einreden als: Zahlung, Verjährung, mangelnde Förmlichkeit des Acts — gleich einem Nebenintervenienten vorschützen; sobald er aber die Forderung und das Pfandrecht des Einsprachsklägers auf den Grund einer von dem Schuldner und dem Gläubiger zum Abbruche seiner Rechte ausgeführten Gefährde angreift, verläßt er die Defensive eines Beklagten und unternimmt den Angriff

interveniendo in eigenem Namen (L.R.S. 1167), und dieser Angriff ist nichts Anderes als die selbstständige Klage des Hauptintervenienten; hier erprobt sich wohl einleuchtend die Richtigkeit des von Mayer a. a. O. aufgestellten Satzes: daß jeder Prioritätsstreit als Hauptintervention zu behandeln sei; in der ihm hier nach der species facti gegebenen besondern Richtung!

Man wird entgegnen: die Einsprache des nicht verwiesenen Gläubigers sei demnach ebenfalls eine Hauptintervention und gegen diese Klage müsse auch dem Einsprachsbeklagten jede Einrede zu statten kommen und die Entgegnung mit der Verjährung des L.R.S. 1167a verhalte sich wie die Replik zur Einrede des L.R.S. 1167.

Dieses ist in Wahrheit nicht so.

Die Einsprache des ältern Pfandgläubigers hält an der durch das Pfandbuch vorgezeichneten, von dem Schuldner nicht beanstandeten Rangordnung fest und verlangt blos Aenderung des mangelhaften, das anerkannt bestehende Rangordnungsverhältniß verletzenden Verweisungsentwurfs (etwas Anderes ist die Verweisung des Vollstreckungsbeamten an sich nicht), sie verlangt nur eine Ergänzung, ohne irgend eine Forderung oder ein Pfandrecht der übrigen Gläubiger anzutasten; richtig genommen erscheint die Einsprache nur gegen den im Besitze der Pfandstücke — ihrer Erlöse — befindlichen Schuldner gerichtet, in Beziehung auf welchen alle Gläubiger in dem gleichen Verhältnisse sind; da aber der Nachpfandgläubiger nach dem Vermögensstand des Schuldners allein bei der Einsprache mit interessirt ist, so wird ihm diese auch zugestellt, um ihm Gelegenheit zu geben, Namens des Schuldners nach Gutfinden zu excipiren.

L.R.S. 1166; §. 96. 100 d. Pr.O.

Der Vollstreckungsbeamte ist nicht der Richter, er ist nicht berufen, die prozessualischen Parteirollen zu ändern, und sein Uebersehen in der Vertheilung der Erlöse vermag das wohlerworbene Recht des übergangenen Gläubigers nicht in eine nachtheiligere Lage zu bringen, gegen den Ablauf der versäumten Frist zu restituiren und das Geschehene ungeschehen zu machen.

Wenn man endlich erwägt, daß die Frist zur Erhebung der Klage nach L.R.S. 1167a eine unerstreckliche Klagfrist ist, deren Versäumung schon von Amtswegen in Rücksicht genommen werden muß — Annalen 1855 S. 173 — so wird schon durch diese specielle eigenthümliche Bestimmung des Landrechts die Entscheidung gegen die fortdauernde Zulässigkeit der Einrede (wäre sie auch wirklich eine solche im prozessualischen Sinne) wohl gerechtfertigt sein.

Nach dieser Ausführung ist somit der Angriff des Einsprachsbeklagten gegen die Forderung und das Pfandrecht des Einsprachsklägers die unterste Grundlage seines Begehrens, sohin ein wesentlicher Bestandtheil seiner Hauptintervention, in welcher er mittelst der Anfechtung des ältern Pfandrechts den Vorrang vor seinem Gegner in Anspruch nimmt und eine Aenderung der bisher bestandenen Rechtsverhältnisse verlangt.

Der Einwand der Fristversäumung oder Verjährung ist eine dieser Klage entgegengesetzte Einrede im wahren Sinne des Wortes! —

Daß ein vom Schuldner und seinem Gegencontrahenten zur Beeinträchtigung der Rechte dritter Personen unternommener Betrug (Gefährde, — vom R. R. in specie mit fraus bezeichnet) nur mit der actio Pauliana verfolgt werden kann, — gleichviel, ob zur Erreichung des unrechten Zweckes ein Scheinvertrag (Fiction) oder ein Kunstgriff anderer Art gewählt wird, ist nach den hier allein entscheidenden und entschieden lautenden Quellen des R. R. nicht zu bestreiten. — Annalen 1855 S. 339 und die dortigen Allegate. —

Alle die Rechte dritter Personen gefährdenden Handlungen, Scheinverträge, — vrgl. namentlich die vollständig klare L. 1. §. 2. Dig. (42, 8) — werden nur von der actio Pauliana, nicht von einer actio doli bedroht; — der dritte hat die von seinem Schuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte nach ihrer äußern Erscheinung und in der ihnen einmal gegebenen Form entweder gegen sich gelten zu lassen oder mit der ihm vom Gesetze eingeräumten Klage als nichtig anzufechten! —

Schmidt.*)

*) Oberger.-Adv. in Freiburg.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 13.

I.

1) Ergreift nach gemeinem Rechte das Ganterkenntniß das Vermögen eines Schuldners in der Ausdehnung, daß dadurch selbst das im Auslande gelegene Vermögen, und zwar allein in Folge des Ganterkenntnisses, ohne Solches verordnende Staatsverträge zur Gantmasse gezogen wird?

2) Hat unsere Prozeßordnung hierüber entscheidende Vorschriften gegeben? insbesondere ist darnach die Eröffnung einer Sondergant über das im Inlande gelegene Vermögen eines im Auslande verganteten Schuldners zulässig, und zwar mit der Wirkung, daß nur Inländer zur Liquidation und Befriedigung ihrer Forderungen aus diesem Vermögen zugelassen werden?

3) Was gehört zum Nachweise eines Gegenseitigkeitsverhältnisses?

Pr.O. §. 774. 775. 776.

Levis gegen Levis.

Gegen den flüchtigen Handelsmann Gerson Levis in Mainz wurde das Gantverfahren eröffnet. Dieser hatte in Carlsruhe einige Liegenschaften, welche er mit mehreren Verwandten als Miteigenthum besaß. Der Syndikus der Gantmasse in Mainz machte bei dem Stadtamte Carlsruhe den Versuch, gedachte Liegenschaften zur Gantmasse zu ziehen. Diesem Bestreben widersetzten sich die Verwandten des flüchtigen Levis und es stellten nun ihrer Seits die Wittwe des Aaron Levis, die Mutter, und Maier Levis, ein Bruder des Gerson Levis, in besonderer Klage bei dem Stadtamte Karlsruhe einen Antrag dahin, daß über das im Großherzogthum Baden gelegene Vermögen des flüchtigen Gantmannes eine Sondergant eröffnet, und mit den inländischen Gläubigern allein Liquidation gepflogen werde. Der Unterrichter hielt diesen Antrag unter der Voraussetzung für begründet, daß hessische Gerichte die Herausgabe des in Hessen gelegenen Vermögens eines im Großherzogthum Baden verganteten Schuldners dem badischen Gantgerichte verweigern. Er begehrte daher von den Antragstellern diesen Nachweis. Sie benannten einige Fälle (von denen der hervorragendste sogleich erwähnt werden wird), worauf der Unterrichter den Antrag der Wittwe Levis und des Maier Levis als nicht stattfindend verwarf, und zwar aus folgenden Gründen:

In Erwägung, daß §. 776 der Pr.O. die Regel aufstellt, daß in Ganten Ausländer den Badnern gleich behandelt werden sollen, wenn nicht besondere Staatsverträge etwas anderes bestimmen, oder den badischen Staatsangehörigen in dem betreffenden Staate nicht gleiches Recht wie den dortigen Staatsangehörigen ertheilt wird;

in Erwägung, daß die von den Antragstellern angerufenen Appiarius'schen Gantacten zwar darthun, daß in der fraglichen Gantsache die Ausfolgung des in Hessen gelegenen Vermögens des Gantmannes an das diesseitige Gantgericht Hoffenheim verweigert worden ist; daß aber hessischer Seits ausdrücklich als Grund dieser Verweigerung angegeben wurde, daß hierdurch nur ein Wiedervergeltungsrecht ausgeübt werde, weil das Bezirksamt Neckarbischofsheim in der Gant des Revierförsters Dallmus eine ähnliche Weigerung ausgesprochen habe, daß aber dagegen die hessischen Gerichte angewiesen seien, gegenüber von solchen Staaten, welche den allgemeinen Gantgerichtsstand nicht anerkennen, ein gleiches Verfahren zu beobachten;

in Erwägung, daß daraus hervorgeht, daß hessischer Seite die anziehende Kraft der Gant grundsätzlich allen denjenigen Staaten gegenüber anerkannt ist, welche denselben Grundsatz aufstellen;

in Erwägung, daß aber nach §. 776 der Pr.O. dieser Grundsatz bei uns gesetzlich ausgesprochen ist, und also neben dem bereits zu Mainz eingeleiteten Ganntverfahren, nicht noch ein zweiter Gantprozeß eingeleitet werden kann;

in Erwägung hauptsächlich, daß keiner der Fälle vorliegt, in welchen nach Pr.O. §. 778 und 779 Gant zu eröffnen ist.

Aus diesen Gründen rc.

Gegen dieses Erkenntniß ergriffen die Antragsteller die Berufung an das mittelrheinische Hofgericht. Allein dieses bestätigte das Urtheil des Stadtamtes Carlsruhe.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die Appellanten haben in ihrem Antrag vom 9. Februar v. J. begehrt, daß über das inländische Vermögen des flüchtigen Kaufmannes Gerson Levis von Mainz Particularconcurs erkannt, dieses Vermögen verzeichnet und gesichert, und eine Vorladung der inländischen Gläubiger zum Richtigstellungs- und Vorzugsverfahren angeordnet werde.

Der Unterrichter hat dieses Begehren als nicht stattfindend abgewiesen, wogegen appellirt ist. Allein die Appellanten sind durch diese Abweisung nicht beschwert, und es mußte deßhalb hier bestätigend, wie geschehen, erkannt werden, wenn auch aus andern Gründen, als diejenigen sind, auf welchen die unterrichterliche Entscheidung beruht. Was zunächst die letzteren betrifft, so wurde auf Grund des §. 776 der Pr.O. angenommen, daß nachdem in Mainz bereits die Gant gegen Gerson Levis eröffnet worden sei, alles Vermögen des Gemeinschuldners, auch dessen inländisches zur dortigen Masse gehöre, und daß alle Gläubiger, folglich auch die Appellanten bei dem dortigen Gantgerichte zu liquidiren hätten. Dies ist jedoch nicht richtig.

Wenn die Prozeßordnung in Uebereinstimmung mit dem früheren Prozeßrecht im §. 775 als Regel aufstellt, daß die Gant eine allgemeine sei, die sich auf das sämmtliche Vermögen des Schuldners erstrecke, so ist hierunter selbstverständlich nur das Vermögen des Gemeinschuldners verstanden, über welches den Gerichten des Inlandes Verfügungsgewalt zusteht, welches sich im Inlande befindet. Daß der inländische Gantrichter aber vermöge jenes Grundsatzes allein schon auch im Auslande befindliches Vermögen des Gemeinschuldners an sich ziehen dürfe, dafür kann in jener Gesetzesstelle eine Ermächtigung nicht gefunden werden, weil dabei auch staats- und völkerrechtliche Grundsätze in Frage kommen.

Umgekehrt muß, nach dem Grundsatze der Rechtsgleichheit Gleiches gelten, wenn ein Ausländer im Auslande vergantet ist und auch im Inlande Vermögen besitzt. — Um eine Allgemeinheit der Gant auch in dem Sinne anzunehmen, daß durch dieselbe selbst das im Auslande befindliche Vermögen ergriffen werde, bedarf es also besonderer gesetzlicher Bestimmungen oder besonderer Verträge unter den betreffenden Staaten.

Ein solcher Vertrag besteht nun, was den vorliegenden Fall angeht, mit Hessen nicht; wohl aber nimmt der Unterrichter an, daß eine deßfallsige Gesetzesvorschrift in dem §. 776 der Pr.O. bestehe; dies jedoch mit Unrecht.

Die angezogene Gesetzesstelle besagt mehr nicht, als daß, mit Vorbehalt der beigefügten Bedingung, Ansprüche der Ausländer und Forderungen an solche in der Gant gleich jenen der Inländer behandelt werden sollen. Damit ist aber über die vorwürfige Frage nichts ausdrücklich entschieden, diese bleibt sogar ganz unberührt, indem hier weiter nichts festgesetzt wird, als daß, wenn im Inlande Gant erkannt und zu verhandeln ist, zwischen auftretenden inländischen und ausländischen Gläubigern und beziehungsweise Schuldnern kein Unterschied gemacht werden solle, mit Vorbehalt wieder der beigefügten Bedingung, welche darin besteht, daß entweder besondere Staatsverträge etwas anderes bestimmen, oder aber, daß dem Inländer im Auslande nicht gleiches Recht wie den Angehörigen des fremden Staates ertheilt wird.

Wollte man aber auch annehmen, daß der §. 776 der Pr.O. die vorwürfige Frage entscheiden könne, so wäre für den vorliegenden Fall gleichwohl nichts gewonnen, weil, abgesehen davon, daß ein Staatsvertrag mit Hessen nicht besteht, dort den diesseitigen Staatsangehörigen keineswegs gleiches Recht wie den dortigen ertheilt wird.

Der Unterrichter hat dies zwar auf den Grund der von ihm in dieser Beziehung gemachten Erhebungen angenommen, allein dazu berechtigen letztere nicht.

Zum Vorhandensein eines solchen Gegenseitigkeitsverhältnisses bedürfte es des ein solches anerkennenden Aus-

spruches der Staatsregierung, der aber fehlt. Der Umstand, daß in einem oder dem andern Fall ein einzelnes Gericht einem solchen Verhältnisse gemäß gehandelt hat, ist von keiner Erheblichkeit, weil daraus noch keine Regel abgeleitet werden kann, was in das Belieben der andern Gerichte gestellt bleibt, nach andern Grundsätzen zu verfahren. — Hier ist aber noch weiter durch die gemachten Erhebungen dargethan, daß von Seiten hessischer Gerichte ein allgemeiner Gerichtsstand der Gant in dem Sinne, wie der Unterrichter ihn annimmt, **in Wirklichkeit nicht** anerkannt worden ist, und gerade der Umstand, daß badische wie hessische Untergerichte schon Weisung erhalten haben, jene Allgemeinheit des Gerichtsstandes anzuerkennen oder nicht, je nachdem Gleiches von Seiten der Gerichte des andern Staates geschieht, thut dar, daß ein **anerkanntes Gegenseitigkeitsverhältniß nicht besteht.**

Unser Prozeß- und beziehungsweise Staatsrecht rechtfertigt demnach die unterrichterliche Annahme nicht, und so war es auch nach dem früheren Rechte.

Obwohl allgemein der Grundsatz galt, daß die Gant in der Regel eine das sämmtliche Vermögen des Schuldners ergreifende sein soll (die Sonderganten in denen wenige in unserem Rechte beibehalten worden sind, vrgl. §. 775, Abs. 2 der Pr.O., ausgenommen), so läßt sich auch nicht nachweisen, daß dieser Grundsatz soweit ausgedehnt wurde, daß auch das im Auslande befindliche Vermögen eines Gantmannes als dem Gantgerichte des Staates, dem der letztere angehört, unterworfen betrachtet wurde. Wenn einige Rechtslehrer, theils als Folge aus obigem Grundsatze, theils mit Rücksicht auf einzelne ihrer Ansicht entsprechende Entscheidungen, das Gegentheil annahmen, so stehen dem die Ansichten und Aussprüche anderer Rechtslehrer und Gerichte entgegen, und in allen Fällen bestand weitaus eine gleichmäßige Uebung nicht. *)

Man sehe:

Gönner, Handbuch des gemeinen Prozesses Bd. 4 S. 535. 409.

v. **Grolmann**, Theorie des gerichtlichen Verf. S. 410. §. 247 a. S. 248 und Anmerkung.

v. **Bayer**, Theorie des Concursprozesses S. 46 bis 47. 58 bis 59.

Danz, Grundsätze der summarischen Prozesse (von Gönner) S. 254 bis 256 mit Anmerkung.

Schweppe, System des Concurses S. 485 ff.

Was aber insbesondere die frühere **badische** Gesetzgebung, beziehungsweise den hierher bezüglichen Rechtszustand hierlands betrifft, so zeigen einestheils die in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern von den Jahren 1823 und 1827/28 S. 39 und 369 mitgetheilten Staats- und resp. Justizministerialentschließungen vom 28. Mai 1811 und vom 25. September 1827, anderntheils eine Reihe von Staatsverträgen mit andern Staaten,

(s. mit Würtemberg vom 30. Dezember 1825 Art. 8.
„ Sigmaringen vom 29. Septemb. 1827 Art. 9. 11. 3 3.
„ Hessen vom 5. Mai 1813 Art. 3.
„ Großh. Würzburg vom 1. August 1810 §. 3 ff.)

daß eine Allgemeinheit der Gant in dem Sinn, daß ein Gantrichter des Auslandes auch das inländische Vermögen des Gantschuldners habe ohne Weiteres in das Ausland ziehen dürfen, **nicht anerkannt** und vielmehr für nothwendig erachtet wurde, über das bei Vergantungen eintretende Verfahren besondere Verträge abzuschließen, die zum Theil aber auch wieder obigen Grundsatz in seiner Allgemeinheit nicht angenommen haben.

Nach all diesem stünde unser bestehendes Recht einer Ganteröffnung über das inländische Vermögen des Gerson Levis nicht entgegen und es wäre das großh. Stadtamt Karlsruhe, wo angeblich das in Liegenschaften bestehende Vermögen des besagten Levis sich befinden soll, an welches von den Antragstellern Vorzugsrechte geltend gemacht werden wollen, beim Abmangel eines anderweitigen allgemeinen Gerichtsstandes des Schuldners nach Ansicht der §§. 777. 44 und 45 der Pr.O. das zuständige Gantgericht. Allein die zu eröffnende Gant dürfte **keine Sondergant im Sinne der Antragsteller**, keine Gant zu Gunsten blos der inländischen Gläubiger sein. Eine Sondergant in diesem Sinne kennt das Gesetz nicht, Pr.O. §§. 774. 775 und ein darauf gerichtetes Begehren verletzt allerdings den im §. 776 der Pr.O. aufgestellten Grundsatz der Rechtsgleichheit für In- und Ausländer bei

*) Die königl. **bairische** Allgemeine Verordnung vom 2. Juni 1811, die Vollstreckung fremdrichterlicher Erkenntnisse betr., sagt in §. 5: „der bei einem auswärtigen Gerichte begründete, allgemeine Gerichtsstand des Concurses erstreckt sich nicht auf die im Lande liegenden Güter des Schuldners, oder die bei inländischen Gerichten anhängigen Prozesse, soweit nicht durch besondere Uebereinkunft ein Anderes bestimmt ist.“ Bairisches Regierungsblatt vom 8. Juni 1811 Stück XXXVIII. D. E.

inländischen Ganten, wornach Ansprüche der Ausländer in der Gant gleich denen der Inländer behandelt werden sollen. Es müßten deßhalb die Appellanten, die nicht etwa behaupten, daß es in Ansehung dieses Punktes in Hessen anders, als in Baden zu halten sei, oder gehalten werde, bei dem für die Ganteröffnung zuständigen inländischen Gerichte die Ganterkennung gegen G. Levis im Allgemeinen beantragen, und dann neben den übrigen auftretenden Gläubigern, gleichviel ob In- oder Ausländer liquidiren; ein solcher Antrag aber, wie er nach dem im Eingange Erwähnten gestellt worden ist, ist rechtlich verwerflich. Otf.

II.

Aeußert ein Vertrag, wodurch ein Schuldner seinen Gläubigern einen Theil seiner Besoldung behufs der Tilgung seiner Verbindlichkeiten zum Einzuge überweist, auch im Falle der Zuruhesetzung des Schuldners seine Wirksamkeit noch dahin, daß der abgetretene Betrag nunmehr von der Pension abzuziehen ist?

Hauptmann L. schloß mit einigen seiner Gläubiger, dem S. und Genossen, einen Vertrag ab, wodurch er zur Tilgung seiner Schulden ihnen einen gewissen Betrag seiner Besoldung überließ. Dieselbe war größer, als der Theil, welcher nach §. 990 Pr.Ord. im Wege der Hilfsvollstreckung mit Beschlag hätte belegt werden können, und sollte bei etwaigen Besoldungszulagen noch steigen. Die Gläubiger bezogen eine Zeit lang den ihnen von L. zugesicherten Betrag aus der Regimentskasse. Als aber L. pensionirt wurde, so weigerte die Regimentskasse die fernere Zahlung, und ebenso verstand sich die Casse, aus welcher L. seine Pension bezog, nicht dazu, lediglich auf den Grund der abgeschlossenen Uebereinkunft, den bisherigen Abzug der Besoldung auch auf die Pension zu übertragen. Die Gläubiger S. und Genossen waren daher genöthigt auf gerichtlichem Wege ihre Forderungen an L. liquid zu stellen, und im Vollstreckungsverfahren auf den beschlagsfähigen Theil der Pension Arrest und Zuweisung zu erwirken. Denselben Weg hatten aber früher schon F. und Gebrüder M., andere Gläubiger des Hauptmanns L., eingeschlagen, und waren somit den Gläubigern S. und Genossen zuvorgekommen. Diese traten nun mit einer Klage gegen F. und Gebrüder M. auf, in welcher sie auf den Grund des obenerwähnten Vertrages vorzügliche Befriedigung vor den Gläubigern F. und M. oder wenigstens gleichzeitige Befriedigung mit ihnen begehrten. Sie führten hiebei aus, daß, so wenig L. den von ihm seinen Gläubigern früher schon abgetretenen Theil seiner Besoldung, an deren Stelle nunmehr die gleichfalls aus dem Dienstverhältnisse entspringende Pension stehe, noch einmal einem andern Gläubiger überlassen könne, ebensowenig könne durch eine Zwangsabtretung im Wege der Vollstreckung, der bereits cedirte, somit das Eigenthum eines Andern gewordene, Theil der Besoldung auf einen weiteren Gläubiger übertragen werden.*) Der Unterrichter wies diese Klage ab, und das mittelrheinische Hofgericht bestätigte dieses Erkenntniß aus folgenden

Gründen.

Die Kläger sind durch das unterrichterliche Urtheil nicht beschwert. Denn sie verlangen vorzugsweise, oder doch fürsorglich gleichzeitige Befriedigung aus der Pension des gemeinschaftlichen Schuldners, des Hauptmanns L. Auf diese Pension steht nach dem Inhalte der Klage den Beklagten darum ein Recht zu, weil sie die beschlagfähige Quote derselben im Wege der Hilfsvollstreckung für ihre Forderung an Zahlungsstatt sich haben zuweisen lassen. §. 989. 990 P.O. Ein solches Recht hatten die Kläger vor den Beklagten nicht erwirkt. Sie glauben aber nichts destoweniger vorzügliche Befriedigung aus der Pension ansprechen zu können, weil sie mit L., während derselbe noch als Hauptmann im großh. Artillerieregimente im aktiven Dienste stand, einen Vertrag abgeschlossen haben, wodurch ihnen L. einen Theil seiner Besoldung zur Deckung ihrer Forderungen zugesichert hat und dieser Vertrag weit früher abgeschlossen worden ist, als die Beklagten Beschlag und Einweisung in die Pension L's. erwirkt haben. Allein eine Besoldung ist ein von einer Pension wesentlich verschiedener Gegenstand. Erstere wird vom Kriegsherrn für wirkliche Dienste geleistet. Sie ist namhaft größer, und der sie beziehende Offizier muß noch im Besitze seiner Gesundheit und Kraft sein, der ihn auch zu Entbehrungen fähig macht, so daß

*) Die wie mir scheint keineswegs zweifellose Frage, ob durch die vertragsmäßige Abtretung einer Besoldungsrate die Beschlagnahme derselben im Wege der Hilfsvollstreckung unbedingt ausgeschlossen werde, wie durch die Abtretung jede weitere Abtretung einer Forderung, kam hier nicht zur Entscheidung. D.

es sich wohl erklären läßt, wenn wie im vorliegenden Falle ein Offizier im Wege des Vertrags selbst größere Theile der Besoldung abgibt, als nach der bestehenden Vollstreckungsordnung ihm abgezogen werden können.

Alle diese Verhältnisse sind bei einer Pension wesentlich verschieden, deren Größe mehr nach dem Bedürfnisse und den Dienstjahren des Berechtigten sich richtet und die Pensionirung selbst setzt schon wegen der Dienstunfähigkeit eine geringere körperliche Kraft und Gesundheit, damit eben eine größere Pflegebedürftigkeit voraus. Um so größer ist die Unwahrscheinlichkeit, daß von der für den Unterhalt und die Pflege des Berechtigten ausgeworfenen Pension freiwillig etwas abgegeben werde.

Man kann daher nicht sagen, daß Verträge, welche ein Besoldungsberechtigter über freiwilligen Abzug eines Theils seiner Besoldung abschließt, ohne eine spezielle Vereinbarung der Paciscenten schon deßhalb allein, weil Beide, Besoldung und Pension, aus dem Dienstvertrage ihren Ursprung herleiten, auch in dem Ruhestande des Bezugsberechtigten auf dessen Pension nach der gemeinschaftlichen Absicht der Parteien (L.R.S. 1156) ihre Wirksamkeit äußern sollen.

Es wäre vielmehr Sache der Kläger gewesen, wenn sie wirklich beabsichtigt haben, daß ihr Vertrag mit Hauptmann L. auch auf dessen etwaige Pensionirungszeit sich ausdehnen und auf dessen Pension Wirkung äußern solle, sich solches speciell zu bedingen. L.R.S. 1162.

Wenn nun aber hiernach die Besoldung als ein von der Pension wesentlich verschiedener Gegenstand erscheint, und nicht einmal angenommen werden kann, daß die gemeinschaftliche Absicht der Paciscenten dahin ging, den zwischen den Klägern und E. abgeschlossenen Vertrag auf die etwaige Pension auszudehnen, so muß mit dem Aufhören der Besoldung auch der darüber abgeschlossene Vertrag, welcher nunmehr gegenstandslos wird, sein Ende erreichen. L.R.S. 1302.

Aus diesen Gründen rc. Ottendorf.

III.

1) Fall einer Fälschung bei Wahlen (§. 714 des Strafgesetzbuchs) mit Mißbrauch des amtlichen Beurkundungsrechts (§. 677, 703 des Strafgesetzbuchs).

2) Das Verbrechen der Amtserschleichung (§. 709 des Strafgesetzbuchs) ist in Bezug auf die Stelle eines Mitgliedes des großen Bürgerausschusses nicht denkbar.

3) Auch die Verfälschung der zu Protokoll geschehenen mündlichen Abstimmung gilt als Verfälschung, selbst wenn sie ohne Erfolg geblieben ist.

Bei einer am 23. November 1854 in der Gemeinde Urloffen vorgenommenen Erneuerungswahl des größern Bürgerausschusses, wobei die wahlberechtigten Bürger mündlich abstimmen und der 40 Jahre alte verpflichtete Rathschreiber Lang die jeweils vorzuschlagenden Namen von sechs wählbaren Bürgern in das colonnenweise abzufassende Wahlprotokoll eintragen sollte, wurde in Abwesenheit des die Wahl leitenden Bürgermeisters und der einen Urkundsperson nicht nur eine schriftliche Abstimmung des wahlberechtigten Bürgers Caspar Kranz zugelassen, welcher seinen 15jährigen Sohn mit einem schriftlichen Wahlzettel schickte und durch denselben das Wahlprotokoll unterzeichnen ließ, sondern es wurden auch von dem obgedachten Protokollführer größtentheils andere Namen von Candidaten, als die im schriftlichen Wahlzettel des Caspar Kranz eingetragenen, in das Wahlprotokoll ohne Wissen und Willen des Wählers und seines Bevollmächtigten gesetzt, und also das Wahlprotokoll gefälscht.

Ein aus dieser falschen Abstimmungsbeurkundung für das Wahlergebniß entstandener Schaden ist übrigens nicht anzunehmen. Denn der nach dem Rathschreiber Lang, welcher dadurch die fünfzehnte Stimme erhielt, gewählte Ignaz Langenecker hat nur 6 Stimmen im Ganzen erhalten und die weiter gewählten Anton Federer, Anton Walz und Anton Kiefer, welche dadurch ihre 22ste Stimme erhielten, haben ohnedem die meisten Stimmen noch vor dem Joseph Baumann, welcher die 17te dadurch erhielt und auch in dem schriftlichen Wahlzettel des Caspar Kranz vorgeschlagen war, im Scrutinium erhalten.

Der angeschuldigte Protokollführer behauptete, die Fälschung, soweit dieselbe durch den Eintrag anderer als der im schriftlichen Wahlzettel enthaltenen Namen begründet wird, nicht wissentlich begangen zu haben, indem die eine anwesende Urkundsperson die Namen aus dem Wahlzettel falsch vorgelesen habe, was er in der vorhergegangenen dienstpolizeilichen Untersuchung ohne genaue Be-

zeichnung des Vorlesers als seine „Meinung" ausgesprochen hatte.

Auf Grund dieser Verhältnisse hat die großh. Kreisregierung, als die hiefür zuständige Dienstbehörde, die gerichtliche Untersuchung gegen Rathschreiber Lang veranlaßt.

Das mittelrheinische Hofgericht sah denselben auch als überwiesen an, und verurtheilte ihn durch Erkenntniß vom 3. November v. J. wegen der mit Mißbrauch seines amtlichen Beurkundungsrechts verübten Fälschung einer gemeindebürgerlichen Wahl zu einer sechswöchentlichen Kreisgefängnißstrafe und zum Verluste seiner gemeindebürgerlichen Rechte der Wahl und der Wählbarkeit auf die Dauer von 6 Jahren.

Ueber die Rechtsfrage sagen die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe:

Wenn gleichwohl der Angeschuldigte, indem er sich selbst eine Stimme zuwendete, keine Amtserschleichung (Str.Ges. §. 709) beging, da eine blose Wahlkörperschaft für ein öffentliches Amt nicht zugleich selbst als ein eigentliches öffentliches Amt zu betrachten ist, so hat er sich dennoch neben dem Mißbrauch seines amtlichen Beurkundungsrechts durch Fälschung eines Wahlprotokolls zugleich einer Fälschung der Wahl durch Unterschieben eines Wahlzettels (d. h. einer dem gleichstehenden Abstimmung) schuldig gemacht, ungeachtet er schon im Jahre 1851 wegen wahrheitswidriger Ausstellung eines Leumundszeugnisses mit 3 Tagen Amtsgefängniß bestraft worden war.

A. d. Gr. und in Anwendung der §§. 429. 677. 703 und 714, vrgl. mit §. 149 ff. des St.G.B. rc.

Auf den Rekurs des Angeschuldigten erfolgte unterm 19. Febr. d. J. ein freisprechendes Erkenntniß, weil der höchste Gerichtshof die durch die Untersuchung erbrachten Beweise zu einer Verurtheilung unzureichend gefunden hat.

P.

IV.

Ueber Freisprechung des Angeklagten durch den Schwurgerichtshof.

Wenn in dem Wahrspruch der Angeklagte eines Verbrechens für schuldig erklärt, dabei aber die an die Geschworenen über seine Unzurechnungsfähigkeit, über den von ihm behaupteten Nothstand oder über die Nothwehr gestellte Frage bejaht wird, so ist der Angeklagte straflos.

S. III. Titel des Strafgesetzb. insbes. die §§. 70. 77. 78. 82. am Ende, §§. 85. 86. 91.

Nach §. 105 des Einführungsgesetzes vom 5. Febr. 1851 muß dann der Angeklagte von der gegen ihn erhobenen Anklage freigesprochen werden.

Diese Freisprechung hat aber nicht, wie im Falle der Verneinung der Schuldfrage nach dem letzten Absatz des §. 101 des Einf.Ges. vom 5. Febr. 1851, der Gerichtspräsident, ohne weitere Berathung mit dem Gerichtshofe sofort zu verkünden, sondern der Schwurgerichtshof hat in solchem Falle ein förmlich freisprechendes Urtheil zu geben; ebenso dann, wenn er der Ansicht ist, daß die That, deren der Angeklagte für schuldig erklärt worden ist, durch kein Strafgesetz verboten sei.

Vergl. §. 125 der königl. preußischen Verordnung vom 3. Januar 1849 über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen.

Artikel 202 des königl. bayerischen Gesetzes vom 10. November 1848, die Abänderung des 2. Theiles des Strafprozeßgesetzbuches vom Jahr 1813 betr.

§. 195 der königl. hannoverschen Strafprozeßordnung vom 8. November 1850.

Art. 178 des königl. würtembergischen Gesetzes vom 14. August 1849, über das Verfahren in Strafsachen, welche vor die Schwurgerichtshöfe gehören.

Art. 300 vrgl. mit 254 Abs. 1 der thüringischen Strafprozeßordnung vom Jahre 1850.

Bevor der Gerichtshof zur Berathung über das zu erlassende Urtheil übergeht, ist vorerst der Staatsanwalt zur Stellung seines Antrags (auf Freisprechung) aufzufordern.

Dies läßt sich zwar nicht aus den Worten des 1. Absatzes des §. 101 des Einf.Ges. nachweisen; allein bevor der Gerichtshof das Gesetz auf die durch den verkündeten Wahrspruch festgestellten Thatsachen anwendet, ist in allen Fällen der Staatsanwalt zu hören und dann in Gemäßheit des 2. Absatzes desselben §. wohl auch der Vertheidiger.

In den Entscheidungsgründen ist die Handlung, deren sich, nach dem Wahrspruche, der Angeklagte schuldig ge-

macht hat, mit dem gesetzlichen Begriffe zu bezeichnen, allein die Strafbestimmung des Gesetzes ist auszulassen; an ihre Stelle tritt mit Bezug auf den Wahrspruch die betreffende Gesetzesstelle, die Ausführung, daß und warum die That straflos sei.

Nach diesen Grundsätzen verfuhr in der ersten Quartalsitzung dieses Jahrs der Schwurgerichtshof des Unterrheinkreises bei Erlassung des Urtheils gegen Michael Walter von Gerolzahn, angeklagt der fahrläßigen, durch vorsätzliche, im Affekt verübte, Körperverletzung verursachten Tödtung des Vincenz Kirchgeßner von Neusaß.

Stf.

V.

Steht es einem Gantgläubiger zu, gegen einen andern in der Gant liquidirenden Gläubiger eine Widerklage bei dem Gantgerichte zu erheben, wenn die Gantmasse hiezu ihm die Befugniß ertheilt, selbst aber noch keine Klage gegen den Anmeldungsgläubiger erhoben ist?

(Pr.O. §. 287.)

Die Verlassenschaft des Hecht wurde in Bruchsal vergantet. In der von dem dortigen Oberamte anberaumten Liquidationstagfahrt meldete Diffené von Mannheim eine Restforderung von 985 fl. 17 kr. aus Darlehen an, indem er einen Schuldschein über 2100 fl. vorlegte, und dabei anführte, daß der weitere Betrag durch Ueberlassung von östreichischen genau bezeichneten Staatspapieren an Zahlungsstatt getilgt worden sei.

Auch die Geschwister Hofstatt von Mannheim traten mit einer Anmeldungsklage auf; sie behaupteten darin, daß sie die fraglichen Staatspapiere auf Rückgabe im Stück dem Hecht geliehen, und dieser sie dem Diffené nicht als Zahlung, sondern als Faustpfand für das Darlehen in einem diese Art der Sicherheitsbestellung verdeckenden Vertrage, in einem sog. verschleierten Faustpfandvertrage, der nach L.R.S. 2074 nicht zu Recht bestehe, gegeben habe. Sie verlangten, die Gantmasse solle widerklagend von Diffené die Herausgabe der Staatspapiere begehren.

Die Vertreter der Masse erklärten gegenüber den Liquidantinnen Hofstatt „sie übertragen denselben die Befugniß den zwischen Hecht und Diffené abgeschlossenen verschleierten Faustpfandvertrag anzufechten, und die Papiere vom Besitzer zu reklamiren.“

Dem Liquidanten Diffené gegenüber wurde der Schuldschein über die 2100 fl. von den Massevertretern anerkannt, die behauptete Art der Zahlung aber bestritten, weil Hecht die angeblich zur Zahlung hergegebenen Staatspapiere, deren Eigenthümer die Geschwister Hofstatt seien, nur leihweise besessen und daher keine Verfügungsgewalt darüber gehabt habe. Sie, die Massevertreter, haben deßhalb auch den Geschwistern Hofstatt die Befugniß eingeräumt, die Papiere als ihr Eigenthum zu reklamiren.

Der Vertreter der beiden Hofstatt erhob nun Namens derselben bei dem Oberamte Bruchsal eine Widerklage gegen Diffené auf Herausgabe der fraglichen Staatspapiere an die Gantmasse, resp. an die Widerklägerinnen. (Die materielle Begründung dieser Widerklage kann hier als außer dem Kreise dieser Erörterung liegend unberücksichtigt bleiben). Der Unterrichter wies diese Klage theils als nicht, theils als hier nicht stattfindend ab, und das großh. Hofgericht bestätigte dieses Urtheil dahin, daß die Widerklage vor dem Oberamte Bruchsal nicht stattfinde.

Gründe:

Nach §. 287 Pr.O. muß derjenige, welcher eine Widerklage anstellen will, zuvor bei demselben Gerichte vom Widerbeklagten als Beklagter belangt worden sein.

Hieran fehlt es in vorliegendem Falle. Die Widerklägerinnen sind vom Widerbeklagten bei dem großh. Oberamte Bruchsal nicht belangt worden; es haben nur beide Theile in der Hecht'schen Gant Forderungen angemeldet.

Hierin — wird ausgeführt — liege kein Grund, daß die Liquidanten, deren beiderseitiger Gerichtsstand nicht in Bruchsal sei, vor dem Gerichte, wo die Gantverhandlungen gepflogen wurden, ihre gegenseitige Ansprüche verfolgten, vielmehr sei ein Anspruch, wie dieser, welcher ohne alle Rücksicht auf die bezeichnete Gant geltend gemacht werde, vor dem zuständigen Gerichte des Widerbeklagten anzubringen. Sodann besagen die Entscheidungsgründe weiter:

„Es ist zwar geltend gemacht worden, die Widerklägerinnen seien zugleich Rechtsnachfolgerinnen der Hecht'schen Gantmasse, indem die Gläubigerschaft den Widerklägerinnen die Befugniß übertragen habe, die fraglichen Papiere von deren Besitzer herauszufordern. Allein wenn

dieses auch richtig ist, so ändert es nichts an der Lage der Sache. Die behauptete Rechtsübertragung mag einen Grund weiter dafür abgeben, daß die Widerklägerinnen als befugt erachtet werden können, den Widerbeklagten wegen der fraglichen Papiere auf irgend eine Art in Anspruch zu nehmen; sie kann jedoch nicht bewirken, daß dieß nun auch vor dem großh. Oberamte Bruchsal als einem an und für sich unzuständigen Gerichte geschehen dürfe. Anders hätte die Sache gelegen, wenn die Gantmasse eine Gegenforderung gegen den Widerbeklagten dahier bereits erhoben gehabt hätte, und dann erst die Widerklägerinnen durch Rechtsübertragung an die Stelle der Gantmasse getreten wären, und die weitere Durchführung des Prozesses übernommen hätten. Allein dem ist nicht so, und es kann die erwähnte Rechtsübertragung nur etwa bezüglich der Sachlegitimation der Widerklägerinnen bei der Verfolgung ihres Anspruchs nicht aber auch bezüglich der prozessualischen Stellung der Parteien, und beziehungsweise des Gerichtsstandes des Widerbeklagten, der zu Mannheim ist, von Einfluß sein.

O.

VI.

Zur Lehre von der Eideszurückschiebung.

(Pr.O. §. 547.)

„Die Partei, welche den Eid zurückgeschoben hat, kann ihn, so lange er nicht von der Gegenpartei angenommen ist, wieder zurücknehmen, um das Gewissen mit Beweis zu vertreten, oder um den Eid selbst zu leisten." So lautet §. 547 der Pr.O.

Hiernach findet die Zurücknahme nicht mehr statt, sobald der zurückgeschobene Eid von der Gegenpartei angenommen ist. *)

Ist dies auch dann Rechtens, wenn es unzulässig war, den Eid zurückzuschieben, z. B. wo es sich nicht um Thatsachen handelte, welche zwischen dem Kläger und Beklagten gemeinschaftlich sind, sondern um solche, die sich zwischen der Partei, welcher der Eid zugeschoben ist und dem Rechtsvorfahren der Partei, die ihn zugeschoben hat und der er zurückgeschoben werden will, ereignet haben, wo also die nach §. 539 Abs. 2 der Pr.O. unzulässige Zurückschiebung des Eides nicht nach Maaßgabe des §. 530 Ziff. 2 Pr.O. geschehen kann, da die Zurückschiebung des Eides nach §. 546 Pr.O. nur über die Wahrheit des Beweissatzes möglich ist.

Annalen V. (1837) No. 25 II. S. 149—151.
VI. (1838) No. 13 III. S. 81.
X. (1842) No. 36 S. 253. 254.

Sobald die Eideszurückschiebung unzulässig ist, so fällt die Annahme des zurückgeschobenen Eides als deren Folge mit jener zusammen, kann also keine Wirkung, insbesondere die nicht haben, daß die Partei, welche den ihr zugeschobenen Eid in unzulässiger Weise zurückgeschoben hat, den ihr zugeschobenen Eid nicht noch annehmen dürfte.

Mit der unzulässigen Zurückschiebung eines zugeschobenen Eides erfolgt die Erklärung auf die Eideszuschiebung in unzulässiger Weise; deßhalb hat der Richter nach §. 540 Pr.O. zu verfahren und die Partei, welcher der Eid zugeschoben war, zu einer gehörigen und zulässigen Erklärung auf die Eideszuschiebung zu veranlassen, — unter Androhung des Rechtsnachtheils der Eidesverweigerung (§. 535 Pr.O.) Eine solche liegt nicht schon in der Zurückschiebung des Eides.

Wo dieses gesetzlich vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten, sondern der zurückschiebende Theil erst durch den Gegentheil auf die Unzulässigkeit der Zurückschiebung zugleich mit deren Annahme aufmerksam gemacht worden ist, und sich nun zur Erklärung, daß er den zugeschobenen Eid annehme, für den Fall veranlaßt sieht, daß der Richter die Zurückschiebung für unzulässig halte, wo also die Parteien in ihren Vorträgen dem Richter nur zuvorgekommen sind, da kann die Lage des Theils, der auf die Eideszuschiebung in unzulässiger Weise erklärt hat, er schiebe den Eid zurück, dadurch nicht schlimmer werden, daß der Richter nicht sofort thut, was nach §. 540 Pr.O. seines Amtes wäre, um drohenden Abirrungen durch Zurücklenkung der ausschreitenden Partei in die gesetzliche Bahn zu begegnen.

Urtheil des großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises vom 29. März 1856 In Sachen Lauk gegen Ziegler Forderung betreffend.

Erf.

*) Vergl. Annalen XXII. 108. 144.

T. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. **No. 14.**

I.

Von den Erfordernissen zur Gültigkeit der Verträge.

(Mercadé: Explication du Code civil.)

In allen Fällen sind zur Gültigkeit des Vertrags und der Verbindlichkeiten, die er erzeugt, vier Bedingungen wesentlich:

1) Die Einwilligung der Betheiligten.
2) Die Rechtsfähigkeit desjenigen, der sich verpflichtet.
3) Ein erlaubter und hinlänglich bestimmter Gegenstand der Verbindlichkeit.
4) Endlich eine ebenfalls erlaubte Ursache der gleichen Verbindlichkeit.

Bekannt ist ferner, daß man bei den feierlichen Verträgen noch die Einhaltung gewisser Förmlichkeiten hinzufügen muß.

1) Von der Einwilligung.

§. 1.

Die Einwilligung, das Einigsein der Willen, consensus, gehört augenscheinlich zum Wesen eines jeden Vertrags; sie ist nicht allein zu dessen Gültigkeit, zu dessen Wirksamkeit erforderlich, sondern auch zu dessen Existenz, zu dessen Zustandekommen. Das liegt auf der Hand, weil sie den Vertrag hervorbringt. Wenn also einer von denen, die den Vertrag geschlossen haben (oder vielmehr anscheinend geschlossen haben), im Augenblicke des Rechtsgeschäftes durch einen Anfall von Wahnsinn, durch Fieberhitze, durch Trunkenheit, oder irgend eine andere Ursache seiner Vernunft beraubt war, so würde der angebliche Vertrag nicht bestehen, die Uebereinkunft wäre nicht zu Stande gekommen; denn es würde der consensus fehlen. Ebenso würde es sich verhalten, wenn die Betheiligten, die sonst im vollen Genusse ihrer Vernunft stehen mögen, der Eine diese, der Andere eine andere Sache gemeint, und sich somit nicht über die Art, oder den Gegenstand des Vertrags, welchen sie abschließen wollten, geeinigt hätten. Wenn Du mir z. B. eine Sache um einen bestimmten Preis zu vermiethen meintest, während ich in der Meinung war, sie zu kaufen, oder wenn Du von dem und dem Deiner Güter mit mir sprechen wolltest, während ich ein beliebiges anderes meinte, so ist hier keine Willenseinigung unter uns vorhanden, ein Vertrag konnte nicht zu Stande kommen.

Da die Einigung der Willen den Vertrag hervorbringt, so ist es klar, daß das bloße Versprechen, d. h. das Anbieten, der Vorschlag, den ein Theil gemacht und der andere noch nicht angenommen hat, keine bindende Kraft haben kann. Da der Mensch nicht wie Gott die Gedanken lesen, da ferner das gegebene Recht, das weltliche Gericht nur den geoffenbarten Willen in Betracht ziehen kann, so wird der Vertrag nur durch die ausgedrückte Annahme geschlossen, mag diese schriftlich, wörtlich oder thatsächlich geschehen: ein Willen in mente retenta würde nicht genügen. Der Richter hat zu entscheiden, ob wirklich eine hinreichende Aeußerung des Willens Statt gefunden hat oder nicht.

§. 2.

Wenn übrigens die gegenseitige Einwilligung der Parteien, wenn das Zusammentreffen ihrer Willen zum Abschlusse des Vertrages genügt, so genügt das doch nicht zu dessen Rechtsgültigkeit und dieser abgeschlossene Vertrag könnte umgestoßen werden, wenn die zwar wirklich gegebene Einwilligung nur im Irrthum gegeben oder durch Gewalt erzwungen worden wäre. Die Verkürzung und sogar der einfache Betrug, dessen Opfer ein Theil geworden ist, führen zuweilen zu dem nämlichen Ziele. In al-

len Fällen muß auf die Vernichtung innerhalb einer bestimmten Frist, die wir später angeben, geklagt werden.

§. 3.

Von dem Irrthume. Natürlich handelt es sich hier nicht um den Irrthum, welcher das Eintreten der Einwilligung selbst und damit auch das Zustandekommen des Vertrags hindern würde; sondern nur um den, welcher diese Einwilligung fehlerhaft macht und gestattet einen wirklich abgeschlossenen Vertrag aufheben zu lassen.

Das Gesetz gestattet die Vernichtung des Vertrags auf den Grund des Irrthums: 1) demjenigen Theile, welcher sich über die wesentlichen Eigenschaften des Gegenstandes, d. h. über diejenigen getäuscht hat, welche ein Mehr oder Weniger nicht zulassen, ohne den Gegenstand von einer Klasse in die andere zu versetzen, je nach dem sie vorhanden sind oder nicht; 2) demjenigen, der mit einer Person, die er für eine andere hielt, einen Vertrag geschlossen hat, sofern die Rücksicht auf diese andere Person die Hauptursache war, welche ihn bestimmt hat einzuwilligen.

Diese vielleicht übermäßige Vergünstigung kann übrigens nur mit der Auflage ausgeübt werden, daß der, welcher sich darauf beruft, den Irrthum beweise, den er behauptet; und selbst wenn der Irrthum bewiesen, und der Umstoßung Statt gegeben worden ist, kann er, je nach Umständen zur Entschädigung verurtheilt werden, wegen des Nachtheils, den er dem anderen Theile durch seinen Leichtsinn, mit dem er den Vertrag geschlossen hat, verursacht.

§. 4.

Von dem Zwange. Wenn Bedrohungen, sie mögen mit thätlicher Gewalt verbunden sein oder nicht, gegen eine Person angewendet worden sind, um sie zu bestimmen, einen Vertrag abzuschließen, welche Drohungen der Art waren, daß sie in ihr vernünftiger Weise die Furcht vor einem bedeutenden Uebel erwecken konnten, und die Person hat, um diesem Uebel zu entgehen, eingewilligt, so betrachtet das Gesetz die Einwilligung, die unter einem solchen Einflusse gegeben wurde, mit Recht für unvollständig und ungenügend, und gestattet die Umstoßung des Vertrags. Um zu ermessen ob die Furcht der Vertragsperson eine vernünftige war oder nicht, muß man die Umstände des Alters, Geschlechts, der Erziehung u. s. w. der bedrohten Person in Anschlag bringen.

Das beträchtliche Uebel, dessen Befürchtung die Umstoßung des Vertrags veranlassen kann, muß den Vertragschließenden persönlich angehen. Wir müssen aber bemerken, daß oft ein für mich sehr wesentliches Uebel in dem Uebel liegt, welches direct nur eine gewisse andere Person bedroht, denn der Mensch kann nicht blos an seinem Körper, an seinem Vermögen angegriffen werden; es kann dies auch auf der moralischen Seite in seinen Neigungen und seinen Gefühlen geschehen. Der Vertrag z. B. müßte offenbar der Umstoßung ausgesetzt sein, den ich nur eingegangen aus Furcht, sonst meinen Bruder, einen Freund, selbst einen Fremden ermorden zu sehen. Die Gerichte haben nach den Umständen des einzelnen Falles zu ermessen, ob das Uebel, das dem Dritten bevorstand, für die Vertragsperson selbst ein beträchtliches Uebel verursachen mußte. Es gibt übrigens einen Fall, wo dieses Ermessen nicht Statt findet, sondern durch eine gesetzliche Vermuthung ersetzt wird. Dies tritt ein, wenn der Dritte der Gatte der Vertragsperson, oder mit ihr in gerader Linie verwandt ist. In diesem Falle bringt das Uebel, welches den Dritten betreffen sollte, auf die Vertragsperson die gleiche Wirkung hervor, als wenn es ihr selbst gedroht worden wäre.

Begreiflich ist es übrigens, daß die Furcht, selbst wenn sie die Freiheit der Einwilligung bedeutend mindern mag, die Umstoßung des Vertrags nicht zulässig macht, wenn sie weder in ihrer Ursache, noch in ihrem Gegenstande etwas Unsittliches enthielt. Die tiefe Ehrfurcht z. B., welche der Vertragschließende etwa für eine Person hegt, die große Schüchternheit, welche ihm diese Person einflößt, die Furcht, die er empfindet, ihr in etwas entgegen zu handeln, sind niemals ein Umstoßungsgrund, wenn nicht sonst noch Drohung mit einem bedeutenden Uebel, Furcht vor wirklichen Gefahren mit unterläuft.

§. 5.

Von der Verkürzung. Der Schaden, den eine Partei beim Vertragsabschlusse sich zuzieht, wird zuweilen von dem Gesetze als ein Anzeichen einer Einwilligung betrachtet, die sich zu unklar oder in ihrer Freiheit gehemmt war, oder durch Elend oder Unglücksfälle entrissen worden ist, so daß er dann die Vernichtung des Vertrages wegen ungenügender Einwilligung nach sich zieht.

Die Regel findet zu Gunsten von Minderjährigen welche nicht gewaltsentlassen sind, bei allen Rechtsgeschäf

ten ihre Anwendung, die von ihnen allein abgeschlossen sind, während dieses durch ihren Vertreter, oder wenigstens unter Mitwirkung dieses Vertreters geschehen mußte *); und zu Gunsten der gewaltsentlassenen Minderjährigen, wegen der Rechtsgeschäfte, welche ihre Rechtsfähigkeit, wie solche im Titel X. des ersten Buchs bestimmt ist, überschreiten. Volljährige können sich darauf nur berufen: 1) bei Theilungen, wegen Verkürzung über ein Viertel, und 2) bei Liegenschaftsverkäufen, wegen Verkürzung über sieben Zwölftel.

§. 6.

Von dem Betruge. Unter Betrug versteht man jedes arglistische Verfahren, alle tückischen Mittel, die angewendet wurden, um Jemanden zu täuschen und ihn zum Vertragsabschlusse zu verleiten.

Der Betrug an und für sich, und in so ferne er eine besondere Klage begründet, gibt keinen Mangel der Einwilligung und keinen Umstoßungsgrund des Vertrags ab. Vorkommendenfalls aber läuft er am Ende auf das nämliche hinaus, und darum stellt ihn das Gesetz den Mängeln der Einwilligung gleich.

Entweder bezieht sich der Irrthum, den der Betrug erzeugt, auf die wesentlichen Eigenschaften der Sache, oder er betrifft nur die zufälligen und untergeordneten Eigenschaften.

Im ersten Falle liegt allerdings ein Fehler in der Einwilligung und ein Umstoßungsgrund vor; aber nicht auf den Grund des Betrugs, sondern gerade auf den Grund des Irrthums, als welcher immerhin diese Wirkung gehabt hätte, wenn auch kein Betrug verübt worden wäre. Die Klage stützt sich alsdann auf den Irrthum und nicht auf den Betrug.

Wenn der Irrthum sich nur auf zufällige Eigenschaften bezieht, dann hat der Betrug seine eigene Wirkung; da aber die Einwilligung nur in Bezug auf einen untergeordneten Punkt mangelhaft ist, so ist die Umstoßung wegen ungenügender Einwilligung nicht ferner zulässig. Der Vertrag bleibt also gültig und der Betrogene kann nur Entschädigung von dem Betrüger verlangen. Wenn der Urheber des Betrugs ein Dritter ist, so besteht die Entschädigung in einer Geldsumme, welche den Werth des erlittenen Schadens, wie er geschätzt wird, darstellt. Diese Schätzung ist aber dann nicht nothwendig, wenn derjenige selbst den Betrug verübte, mit welchem man den Vertrag geschlossen hat; man hat dafür ein ganz einfaches Mittel, um zu einer Schadloshaltung zu gelangen, die so vollständig als möglich ist, und das besteht darin, daß man die Sache in den Stand versetzt, als wenn gar nie ein Vertrag vorgelegen hätte. Auf diesem Wege führt der Betrug, obgleich er im Grunde nur eine persönliche Klage auf Entschädigung erzeugt, doch zur Umstoßung des Vertrags, wenn er von der Partei selbst ausgegangen ist.

Diesen Satz hat man dadurch ausgedrückt, daß man sagte, der Betrug gehe in personam, während der Irrthum, Zwang und Verkürzung in rem gehen. Damit ist gesagt, daß der Betrug nur relativ und in Bezug auf die Vertragsperson ein Umstoßungsgrund ist, welche sich dessen schuldig gemacht, während der Irrthum, der Zwang und die Verkürzung absolute Gründe sind, welche den Vertrag selbst unmittelbar berühren.

§. 7.

Daraus fließt eine praktische ziemlich wichtige Consequenz. Wenn das Eigenthum an einer Liegenschaft auf einen Anderen mittelst eines Vertrags übergeht, in welchem der Veräußerer das Opfer eines Irrthums, Zwangs oder einer Verkürzung geworden, der Vertrag somit absolut umstoßbar ist, und der Erwerber demnach nur ein wieder auflösliches Eigenthum erhält, so sind die, welchen er die Liegenschaft übertragen haben mag, da sie kein stärkeres Recht, als das seinige, haben können, wie er von der Umstoßung bedroht und müssen sich die Wiederauflösung ihres Eigenthums gefallen lassen. Der einfache Betrug dagegen, der den Vertrag an sich bestehen läßt und nur durch die Wirkung einer ganz persönlichen Klage gegen den, welcher ihn ausgeübt hat, die Umstoßung herbei führen kann, gibt keine Klage gegen den späteren Erwerber, und die Uebertragung der Liegenschaft auf diesen läßt dem Theile, welcher das Opfer des Betrugs geworden ist, nur das Recht von dem Theile, der

*) Regelmäßig muß das Rechtsgeschäft durch den Stellvertreter des Minderjährigen abgeschlossen werden; aber das Mitwirken dieses Vertreters bei einem Rechtsgeschäfte, das der Minderjährige selbst abschließt, würde genügen, um die Aufhebung wegen Verletzung zu verhindern: da hier der Minderjährige und sein Vertreter alle beide handeln, so kann die Gegenwart des Ersteren die des Letzteren nicht unwirksam machen. Damit übrigens das Rechtsgeschäft, das ein Minderjähriger allein eingegangen hat, wegen Verkürzung anfechtbar sei, muß der Minderjährige schon Einsicht in Rechtsgeschäften haben; ohne dies wäre das Rechtsgeschäft durchaus nichtig, es würde gar nicht bestehen, wegen Nichtvorhandenseins der Einwilligung.

sich des Betrugs schuldig gemacht hat oder dessen Rechtsfolgern, eine Geldentschädigung zu verlangen. Wir haben den Fall der Veräußerung einer Liegenschaft gesetzt; denn der Grundsatz, daß bei Fahrnissen der einfache gutgläubige Besitz unmittelbar zum Eigenthümer macht, würde den späteren Erwerber dieser Fahrnisse, sowohl im Falle des Irrthums, Zwangs und der Verkürzung, als im Falle des Betrugs außer Gefahr setzen.

NB. Was so eben gesagt worden ist, findet einzig auf den Betrug Anwendung, welcher zum Vertrage bestimmt hat, ohne welchen die Partei den Vertrag nicht geschlossen hätte, welchen man den veranlassenden Betrug (dolus dans causam contractui) nennt. Wo es sich blos um einen Betrug handelt, ohne den die Partei den Vertrag gleichwohl und nur unter günstigeren Bedingungen eingegangen hätte, welchen man den miteinlaufenden Betrug genannt hat (dolus incidens in contractum), so fänden immerhin Entschädigungsansprüche statt; aber die Entschädigungen müßten jedenfalls in Geld bestehen, und man könnte die Umstoßung des Vertrags nicht erwirken, selbst dann nicht, wenn der Betrug von der Vertragsperson ausgehen sollte.

2) Von der Vertragsfähigkeit.

§. 8.

Außer der natürlichen Fähigkeit einzuwilligen, welche, wie wir gesehen haben, für das Zustandekommen des Vertrags wesentlich ist, bedarf es zur Rechtsgültigkeit dieses Vertrags außerdem der gesetzlichen Fähigkeit sich verbindlich zu machen. Diese Fähigkeit ist jedoch nicht bei allen Vertragspersonen, sondern nur bei denjenigen erforderlich, welche sich verbindlich macht; und der Mangel derselben ermächtigt nur den unfähigen Theil, nicht auch den anderen auf Ausspruch der Umstoßung der Uebereinkunft anzutragen. Auf diese Umstoßung muß übrigens in den Fristen und den Voraussetzungen, welche das Gesetz vorschreibt und die wir später anführen wollen, geklagt werden.

Gesetzlich unfähig sich verbindlich zu machen sind: 1) die Mundlosen, 2) die Ehefrauen und 3) einige andere Personen in gewissen, durch besondere Gesetzesbestimmungen vorgesehenen, Fällen. Jedoch können Ehefrauen und diejenigen, welche nur theilweise entmündigt sind, d. h. welchen nur ein gerichtlicher Beistand beigegeben ist, sich in gewissen Fällen verbindlich machen. S. Buch I. Tit V. X. und XI.

Obgleich man die Minderjährigen gewöhnlich, wie es auch die fehlerhafte Fassung des Gesetzbuches selbst thut (Art. 1124), unter den vertragsunfähigen Personen Oben an setzt, so sind sie doch in der That nach dem Geiste des Gesetzes keineswegs unfähig, sondern können nur wegen Verkürzung restituirt werden, wie wir unter §. 5 gesehen haben. Diese obgleich lebhaft bestrittene Wahrheit, sollte nicht mehr zweifelhaft sein im Hinblicke auf die verschiedenen Gesetzesbestimmungen, auf die Vergleichung des neuen Rechtes mit dem älteren in seinem Zustande wie es zuletzt war, und die bei den Vorarbeiten kathegorisch gegebenen Erläuterungen.

3) Von dem Vertragsgegenstande.

§. 9.

Ein Vertrag ohne Gegenstand ist nicht denkbar; und bei den Verträgen, die Verbindlichkeiten erzeugen, macht gerade diese Erzeugung von Verbindlichkeiten den Gegenstand des Vertrags aus. Wenn aber zum Vertrage ein Gegenstand erforderlich ist, so ist offenbar für die Verbindlichkeit selbst auch ein Gegenstand erforderlich; und daraus daß der Vertrag häufig mehrere Verbindlichkeiten hervorbringen will, folgt, daß oft mehrere Gegenstände bei dem Vertrage im Spiele sind. Von dem Gegenstande der Verbindlichkeit, die im Vertrage zuweilen eine mehrfache ist und nicht zunächst von dem Gegenstande dieses Vertrags, spricht das Gesetzbuch und von ihm haben wir hier abzuhandeln.

Damit ein Vertrag gültig abgeschlossen werde und die Verbindlichkeiten erzeuge, welche man aus ihm hervorbringen will, muß die Sache, die den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht, zwei Erfordernisse haben: 1) muß sie im Verkehre sein und 2) muß sie dem Stipulanten einen wahren Nutzen, zu dessen Gewährung er den Versprechenden anhalten kann, darbieten.

§. 10.

Zunächst muß die Sache im Verkehre sein. Die Handlungen oder Sachen, welche entweder ihrer Natur nach, oder kraft einer ausdrücklichen Erklärung des Gesetzgebers der Verfügungsgewalt des Menschen entzogen sind, können nicht Gegenstand einer Verbindlichkeit werden.

Dahin gehören: 1) die physisch unmöglichen Handlungen; — 2) die unerlaubten Handlungen, d. h. diejenigen, welche entweder einer Gesetzesbestimmung, oder den guten Sitten, oder der öffentlichen Ordnung zuwider sind; — 3) die Sachen, welche in der Natur nicht eri-

tiren; — 4) alle diejenigen, welche einen Theil des öffentlichen Eigenthums ausmachen (aber nur so lange, als sie einen Theil davon ausmachen); — 5) diejenigen, welche der Verfügungsgewalt des Menschen durch eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes entzogen sind, wohin der Regel nach die Verlassenschaften noch lebender Personen gehören; — 6) die Personen und Alles, was ihren Stand betrifft, übrigens diejenigen Fälle ausgenommen, in welchen ein Vertrag durch besondere Bestimmungen, wie bei der Ehe und der Anwünschung erlaubt ist.

§. 11.

Zweitens muß der Gegenstand der Art sein, daß der Versprechende angehalten werden kann, dem Stipulanten einen gewissen Nutzen zu verschaffen.

Nach diesem Grundsatze wäre ein Vertrag richtig, in welchem der angegebene Gegenstand so bestimmt ist, daß der angebliche Schuldner sein Versprechen mittelst einer werthlosen Handlung vollziehen könnte; wenn man z. B. versprochen hat etwas zu thun, oder ein Thier zu übergeben.

Ebenso und aus dem nemlichen Grunde wäre ein Vertrag nichtig, wenn der Gegenstand des Versprechens nur für einen Dritten Nutzen hätte, so daß der Stipulant ohne Interesse und ohne Klage wäre, dessen Vollzug gerichtlich zu verfolgen. Wenn auch die Sache oder die Handlung, welche nur einem Dritten von Nutzen sind, nicht Vertragsgegenstand sein können, weil der Versprechende in diesem Falle nicht gebunden ist, so steht doch Nichts im Wege diese Sache oder Handlung als Bedingung oder Auflage des Vertrags einzuführen.

4) Von der Vertragsursache.

§. 12.

Ein letztes Erforderniß zur Rechtsgültigkeit und sogar zum Zustandekommen des Vertrags und der Verbindlichkeiten, welche daraus entspringen sollen, besteht darin, daß eine jede dieser Verbindlichkeiten eine erlaubte Ursache habe. Im rechtlichen Sinne versteht man unter Ursache einer Verbindlichkeit nicht den ersten Beweggrund, welcher die Partei bestimmt haben mochte, sich verbindlich zu machen, sondern den unmittelbaren Beweggrund ihrer Verpflichtung: d. h. man darf nicht den Punkt in Betracht ziehen, welchen sie definitiv und als Endzweck erreichen, sondern nur denjenigen, welchen sie durch ihre Verbindlichkeit unmittelbar erlangen wollte. Bei jedem belasteten Vertrage z. B. besteht die Ursache der Verbindlichkeit in nichts Anderem, als in dem Vortheile, welchen der Verpflichtete von der andern Partei hat erlangen wollen; ist dieser Vertrag ein zweiseitiger, so besteht die Ursache einer jeden Verbindlichkeit genau in dem Gegenstande der gegenüberstehenden Verbindlichkeit. Wenn ich mich z. B. verbindlich mache, Dir ein Haus dafür zu bauen, daß Du die Verbindlichkeit übernimmst mir 50,000 fl. zu bezahlen, so ist die Zahlung von 50,000 fl., welche den Gegenstand Deiner Verbindlichkeit bildet, die Ursache der meinigen, und umgekehrt liegt in der Erbauung des Hauses zugleich der Gegenstand meiner Verbindlichkeit und die Ursache der Deinigen. Bei den Wohlthätigkeitsverträgen besteht die Ursache der Verbindlichkeit lediglich in dem Wunsche, einen Dienst zu erweisen.

§. 13.

Ohne eine reelle und erlaubte Ursache ist keine Verbindlichkeit möglich. Die Verbindlichkeit ist also nichtig, das Versprechen bindet den nicht, der es gegeben, so oft dieses Versprechen keine Ursache hat, oder auf einer falschen oder unerlaubten Ursache beruht.

Ein Versprechen, das im Augenblicke, wo es abgelegt wird, der Ursache entbehrt, ist undenkbar (wenn es nicht von einem Menschen herrührt, der seiner Vernunft beraubt ist; und dann wäre das Versprechen gerade wegen des Mangels der Vernunft und nicht blos wegen des Mangels der Ursache nichtig). Man begreift aber sehr leicht, daß das Versprechen ohne Ursache ist, bei dem es sich um eine künftige oder nacheinander eintretende Ursache handelt. Wenn z. B. die Erndte, für welche ich zum Voraus einen bestimmten Preis zu zahlen versprochen hatte, nicht gedeiht, oder wenn das Haus, welches ich auf mehrere Jahre in Miethe genommen, nach Verfluß einiger Monate abbrennt, dann ist meine Verbindlichkeit nichtig, wegen Mangels einer Ursache. Wenn die Ursache zwar der Meinung der Parteien nach, aber nicht in der Wirklichkeit vorhanden ist, so ist es klar, daß, trotz dieser blos vermeintlichen und falschen Ursache, die Verbindlichkeit ebenfalls nichtig ist, weil sie in Wirklichkeit einer Ursache entbehrt. Die Verbindlichkeit ist auch nichtig, deren Ursache eine unerlaubte ist. Begreiflich ist es übrigens, daß die Ursache in den nämlichen Fällen unerlaubt ist, wo es der Gegenstand, nach dem was wir im vorhergehenden Abschnitte gesagt haben, auch wäre.

A. Pfaff.

II.

Beholzigungsrecht.

Erfordernisse eines Anerkenntnisses nach L.R.S. 695. — In der Leistung der Holzabgabe kein Anerkenntniß. — Unvordenkliche Verjährung. — Klagbegründung und Gegenbeweis. — Das Beholzigungsrecht, römisch-rechtliche Servitut oder deutschrechtliche Reallast? — Unterschied bezüglich der Uebertragbarkeit beider. — Eideszuschiebung zur Herstellung des Beweises der unvordenklichen Verjährung zulässig. — Eidesformel.

J. S. des großh. katholischen Kirchenfiscus als Vertreter der Pfarrei und Schule Ripperg, Klägers, Appellaten gegen die fürstliche Standesherrschaft Leiningen, Beklagte, Appellantin, Verabreichung einer Holzcompetenz betr., hat das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises mit Urtheil vom 27. Februar d. J.

das Urtheil des großh. Bezirksamtes Walldürn vom 7. November v. J. besagend:

„Die fürstlich leiningen'sche Standesherrschaft sei schuldig, das Recht der kath. Pfarrei und Schule zu Ripperg auf den Bezug von 30 Klaftern buchenes Brennholz, alten Maaßes nebst Abfallreisig anzuerkennen und habe dieses Holz alljährlich nach bisheriger Observanz anweisen zu lassen und sämmtliche Kosten des Rechtsstreits zu tragen;"

dahin abgeändert:

Die beklagte Standesherrschaft habe folgenden Eid zu leisten:

1) Sie habe weder selbst wahrgenommen, noch wisse sie sorgfältiger Nachforschung ungeachtet, daß die Pfarrei und Schule zu Ripperg während des ganzen Zeitraums vom Jahre 1770 bis 1810 und über damaliges Menschengedenken hinaus ununterbrochen und ungestört jährlich 30 Klafter buchen Scheitholz zu 6' hoch und weit und 3½' Scheitlänge Nürnbürger Maas nebst dem Abfallreisig aus dem an Ripperg angrenzenden Walde, Waidsteindistrikt genannt, von den jeweiligen Besitzern desselben bezogen habe, und

2) sie wisse sorgfältiger Nachforschung ungeachtet nicht, daß in jenem Zeitraume vom Jahr 1770 bis 1810 Lebende den Anfang dieses Bezugs oder einen entgegengesetzten Zustand selbst nicht wahrgenommen oder die deßfallsige Wahrnehmung von früher Lebenden nicht mitgetheilt erhalten haben.

Schwört die Beklagte diesen Eid ganz oder auch nur theilweise aus, so wird Kläger mit seiner Klage, unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen abgewiesen werden. Schwört die Beklagte diesen Eid jedoch weder ganz noch theilweise, so wird sie für schuldig erklärt werden, das Recht der kath. Pfarrei und Schule zu Ripperg auf den Bezug von 30 Klaftern buchenen Brennholzes (6' hoch und weit und 3½' Scheitlänge Nürnberger Maas) nebst Abfallreisig aus dem Walde der Beklagten, dem sog. Waidsteindistrikt anzuerkennen, und dieses Quantum alljährlich anweisen zu lassen, auch die Kosten beider Instanzen zu tragen.

Entscheidungsgründe.

Die Klage begehrt die jährliche Holzabgabe von der Beklagten als Eigenthümerin des durch den Waldabtheilungsvergleich vom Jahr 1812 auf sie übergegangenen sog. Waidsteindistrikts auf den Grund eines auf dieser Waldung ruhenden dinglichen Rechtes. Es geht dies nicht nur aus der Klage und den darauf folgenden Verhandlungen hervor, sondern es wurde dies auch von dem klägerischen Anwalt in der mündlichen Verhandlung zugegeben und die Auffassung der Klage von Seite des Unterrichters, wornach dieselbe auf eine persönliche, durch Universalsuccession auf die Beklagte überkommene Verbindlichkeit gerichtet erscheint, als eine irrthümliche anerkannt. Der Kläger hat während der Verhandlungen in erster Instanz insbesondere in seiner Eingabe vom 2. März 1854 und neuerdings durch seinen Anwalt in der mündlichen Verhandlung vom 10. Februar d. J. seine Klage dahin erläutert, daß das angesprochene Recht nicht auf einen ursprünglichen Rechtstitel gegründet werden, daß dasjenige, was über die Entstehung desselben in der Klage gesagt sei, nur die Bedeutung geschichtlicher Notizen haben solle, und bei Begründung der Klage ebenso gut hätte wegbleiben können, daß vielmehr die Klage sich auf unfürdenkliche Verjährung, den zwischen der Stadt Walldürn und der beklagten Standesherrschaft abgeschlossenen Waldabtheilungsvertrag vom Jahre 1812, auf die seit dieser Zeit gemachten Anerkenntnisse und die bisherige Leistung stützen solle. Dem Waldabtheilungsvertrag, der bezüglich des Klägers als Act unter Dritten erscheint, wurde nur

die Bedeutung des, dem Uebergang des Waidsteindistrikts auf die Beklagte zu Grunde liegenden Rechtstitels gegeben, welcher Eigenthumsübergang übrigens von der Beklagten nicht bestritten ist.

Was zunächst die Leistung der Holzabgabe vom Jahr 1812 an betrifft, so kann darin, da L.R.S. 695 zum Ersatze des Mangels des ursprünglichen Titels ein wörtliches und urkundliches Anerkenntniß verlangt, ein Anerkenntniß der Beklagten nach L.R.S. 1108a nicht gefunden werden. Die angeführten sog. Anerkenntnisse aber, welche schriftlich erfolgt sind, enthalten, wenn man auch von den Erfordernissen der Anerkenntnißurkunden des L.R.S. 1337, der Frage der Absicht und der Legitimation zur Abgabe eines Anerkenntnisses für die beklagte Standesherrschaft absieht, die Erklärung, daß die Holzabgabe als dingliches Recht auf dem Waidsteindistrikt hafte, nicht.

Es bleibt daher zur Klagbegründung nur die unvordenkliche Verjährung übrig, welche nach L.R.S. 691 bereits am 1. Januar 1810 vollendet sein mußte, um als Erwerbtitel des angesprochenen dinglichen Rechtes dienen zu können, in so fern sie als solcher nach dem frühern Rechte gegolten hat. Daß dies, sei es nun, daß man die angesprochene Berechtigung als eine unständige Dienstbarkeit oder als eine Reallast betrachtet, der Fall war, bedarf keiner weitern Ausführung.

Maurenbrecher, deutsches Privatrecht §. 253.

Die unvordenkliche Zeit beruht auf dem Bewußtsein von zwei Menschenaltern, die am 1. Januar 1810 Lebenden mußten daher wissen, daß die fragliche Holzabgabe, so lange ihre Erinnerung reicht, unverändert bestanden hat; es darf ihnen ferner von ihren unmittelbaren Vorfahren nicht die Wahrnehmung eines entgegengesetzten Zustandes mitgetheilt worden sein.

v. Savigny, römisches Recht IV. Bd. S. 517.
Verordnung vom Jahr 1803 Reg.=Bl. No. 10.

Die unvordenkliche Zeit ist widerlegt, wenn ein damals Lebender entweder selbst die Entstehung der Holzabgabe wahrgenommen oder, wenn er diese Entstehung, von dem, der sie erlebte, selbst vernommen hat.

v. Savigny, S. 518. 525.

Sie wird ferner widerlegt durch jeden Beweis eines entgegengesetzten Zustandes, der in jener Zeit irgend einmal vorhanden gewesen ist.

v. Savigny, S. 526.

Auf diese Weise wird der direkte Gegenbeweis, darauf gerichtet, daß der streitige Besitz nicht in den beiden letzten Menschenaltern vor dem 1. Januar 1810 ununterbrochen vorhanden gewesen sei, geführt.

Dagegen kann die auf den ununterbrochenen Zustand der zwei letzten Menschenalter gebaute Vermuthung eines Rechtsgrundes dieses Zustandes nicht durch den Beweis entkräftet werden, daß in irgend einem frühern Zeitpunkt das Gegentheil jenes Zustandes wirklich einmal statt gefunden hat, da der vermuthete Rechtsgrund nach jenem Zeitpunkt eingetreten sein kann, so daß dessen Annahme mit jenem geführten Beweise gar nicht im Widerspruche steht.

v. Savigny, S. 533.

Aber auch wenn man nicht blos das Gegentheil des jetzigen Zustandes, sondern dessen Entstehung in jener ältern Zeit beweist, so ist auch dieses an sich noch nicht hinreichend zur Widerlegung der aus der unvordenklichen Zeit entspringenden Vermuthung. Denn ist die bewiesene Entstehung eine rechtmäßige, so ist das Recht gewiß selbst ohne unvordenkliche Zeit. Ist sie eine unrechtmäßige, so ist dadurch nicht die Möglichkeit ausgeschlossen, daß nachher ein Rechtsgrund hinzugetreten sei und eben auf dessen Annahme geht ja die in der unvordenklichen Zeit liegende Vermuthung. Dasselbe muß um so mehr gelten in den noch häufigern Fällen, worin zwar die Entstehung bewiesen wird, aber so daß es dabei ungewiß bleibt, ob dieselbe rechtmäßig war oder nicht.

Daher wird ein solcher Beweis nur dann als Widerlegung der Vermuthung gelten können, wenn durch ihn nicht nur die unrechtmäßige Entstehung selbst gewiß ist, sondern auch deren fortgehender, ununterbrochener Causalzusammenhang mit dem, in die zwei letzten Menschenalter fallenden Zustand.

v. Savigny, S. 534.

Die beklagte Standesherrschaft hat den Gegenbeweis weder in der einen noch in der andern Richtung selbstständig zu führen versucht, dagegen zu diesem Behufe auf die in der Klage selbst enthaltenen Behauptungen Bezug genommen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Klage, um sich auf unvordenkliche Verjährung zu stützen, nur der Behauptung, daß die Pfarrei und Schule zu Ripperg sich in dem erwähnten Zeitraum in dem ununterbrochenen Besitze der Holzabgabe als eines dinglichen, auf dem Waidsteindistrikte ruhenden Rechtes befunden habe, bedurft hätte; es kann aber auch ebensowenig ein Zweifel bestehen, daß, wenn die Klage weitere

Thatsachen enthält, welche zu jenem Gegenbeweis dienlich sind, dieselben ebenso berücksichtigt werden müssen, wie, wenn sie die Beklagte vorgetragen und der Kläger zugestanden hätte, daß mithin zu prüfen ist, ob diese Thatsachen mit der unvordenklichen Verjährung vereinbar oder die aus derselben sich ergebende Vermuthung aufzuheben, vereigenschaftet sind.

Legt man hiernach den übrigen Klaginhalt an die oben angeführten Rechtssätze an, so fragt es sich zunächst ob nicht in der Behauptung, daß, wenn es in dem Waidsteindistrikt an dem erforderlichen Quantum Buchenholz mangelte, auf die nächstangränzenden Distrikte gegriffen worden, der direkte Gegenbeweis der unvordenklichen Verjährung zu finden sei? Diese Frage ist jedoch schon mit Rücksicht darauf, daß eine Zeit, in der dieser ausnahmsweise Bezug stattgefunden haben soll, nicht angegeben, mithin nicht gewiß ist, in welche Zeit und ob derselbe insbesondere in die zwei Menschenalter vor dem 1. Januar 1810 gefallen sei, zu verneinen. Es fragt sich ferner, ob nicht die Klage eine Entstehung des angesprochenen Rechtes anführt, welche die dingliche Natur desselben nicht zu begründen vermag und ob sie nicht den fortgehenden ununterbrochenen Causalzusammenhang derselben mit dem, in die zwei letzten Menschenalter fallenden Zustand darthut? Dieß wäre der Fall, wenn die ursprüngliche Holzberechtigung der Besitzer des Schlosses Ripperg als eine römisch-rechtliche Servitut dargestellt und behauptet wäre, daß die Abgabe des Holzes an die Pfarrei und Schule zu Ripperg während des zur unvordenklichen Verjährung geeigneten Zeitraums lediglich auf einer theilweisen Uebertragung jener Servitut auf die Pfarrei und Schule von Seite des Herrn von Echter beruhe, da in diesem Falle vermöge des Grundsatzes der Unübertragbarkeit und Untheilbarkeit der Servituten ein Uebergang der Grundgerechtigkeit auf die Pfarrei und Schule nicht stattgefunden haben, vielmehr in dem Bezug der Holzabgabe nur eine theilweise Ausübung des dem Schlosse Ripperg zustehenden Beholzigungsrechtes Namens der Besitzer derselben erblickt werden könnte.

Thibaut, Pandekten 8. Ausgabe §. 752.

Puchta, Pandekten 3. Auflage §. 178.

Allein die Klage läßt es mindestens zweifelhaft, ob das den Besitzern des Schlosses Ripperg zustehende Beholzungsrecht als eine römisch-rechtliche Servitut oder als eine deutsch-rechtliche Reallast zu betrachten sei.

Für die letztere Annahme spricht, daß die Klage das Recht der Pfarrei und Schule zu Ripperg ein „ewiges" Recht nennt,

Maurenbecher, Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechtes §. 254,

Gerber, deutsches Privatrecht §. 167,

Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 92,

daß sie ferner behauptet, die Holzberechtigung sei auf den sog. Waidsteindistrikt „radicirt", aus beiden Bezeichnungen aber hervorgeht, daß es sich um eine Leistung handelt, welche durch Anknüpfung an ein Grundstück perpetuirt wurde, d. h. um eine Reallast.

Maurenbrecher, §. 253.

Bluntschli, §. 90.

Bei Reallasten ist aber eine Uebertragung (Cession) zulässig.

Maurenbrecher, §. 255.

Gerber, § 169.

Bluntschli, §. 90.

Hiezu kommt, daß die Klage einen fortgehenden, ununterbrochenen Causalzusammenhang der Uebertragung (Cession) eines Theiles der Holzberechtigung auf die Pfarrei und Schule zu Ripperg von Seite des Herrn von Echter mit der Holzabgabe in den zwei letzten Menschenaltern vor dem Jahr 1810 keineswegs herstellt, vielmehr die behauptete Fixirung der ursprünglich unbestimmten Leistung in eine bestimmte nach dem Jahre 1665 nothwendig die Mitwirkung der Stadt Walldürn als Eigenthümer der belasteten Waldungen, mithin einen vertragsmäßigen Akt zwischen dieser einerseits und dem Stifte Würzburg und der Pfarrei und Schule Ripperg andererseits voraussetzt, durch welchen das Beholzigungsrecht der letzten als ein auf dem Waidsteindistrikt ruhendes dingliches Recht neu constituirt worden sein kann.

Es tritt daher die Klage mit ihrer Begründung durch Berufung auf die unvordenkliche Verjährung keineswegs in Widerspruch.

Die Auflage des Beweises der unvordenklichen Verjährung ist in Ziff. 4 u. 5 des Beweiserkenntnisses vom 12. Januar 1854, wie das Kleinere in dem Größeren, enthalten. Der Kläger hat den Beweis durch die Gemeinderechnungen der Stadt Walldürn und durch Eideszuschiebung angetreten, jedoch in den Rechnungen die beweisenden Stellen nicht anzuführen vermocht. Es bleibt daher lediglich das Beweismittel der Eideszuschiebung übrig, welches zur Herstellung des Beweises zulässig ist.

v. Savigny, 4. Bd. S. 524.

Thibaut, Pandekten 8. Ausgabe §. 1035.

Oberhofg. Jahrb. n. F. VII. Jahrg. S. 499.

Auf diesen Eid in einer dem Wesen der unvordenklichen Verjährung insbesondere der Verordnung vom Jahr 1803 Reg.Bl. No. X. entsprechenden Formel mußte erkannt werden.

v. Hillern.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. **No. 15.**

I.

Ist die in Aussicht gestellte Vertheilung des Vermögens einer sich auflösenden Handelsgesellschaft unter die Aktionäre ohne Rücksichtsnahme auf die streitige Forderung eines Gesellschaftsgläubigers ein Arrestgrund? insbesondere

a) ist die Analogie des §. 885 Abs. 4 aus dem Gantverfahren zulässig?

b) kommt hier §. 644 Ziff. 3 der Pr.O. zur analogen Anwendung?

Die Maschinenfabrik in Karlsruhe war früher Eigenthum des Emil Keßler. Im Jahr 1848 ging sie an eine zu diesem Zwecke gebildete Aktiengesellschaft über. Am 30. Oktober 1851 löste sich diese auf, und es beschlossen die Aktionäre, daß die Gesellschaft liquidire. Sie wählten nun eine Kommission mit dem Auftrage:

„das Eigenthum zu versilbern, ihre Rechte und Verbindlichkeiten zu ordnen, ihre Forderungen einzuziehen, ihre Schulden zu zahlen, und ihr reines Vermögen unter die Aktionäre zu vertheilen."

Konrad Mickerts stand schon seit längerer Zeit in Diensten zuerst des Keßler, sodann der Gesellschaft, um für die Maschinenfabrik Aufträge zur Fertigung von Maschinen, insbesondere Lokomotiven zu vermitteln.

Der Gehalt des Mickerts, der in Tantiemen (6 per mille) von den Preisen der durch ihn vermittelten Bestellungen oder in einer jährlichen Belohnung von 3500 fl. bestand, wenn die Tantiemen diese Summe nicht erreichten, Reisespesen und andere Forderungen bildeten einen beträchtlichen Anspruch, den Mickerts an das Vermögen der sich auflösenden Gesellschaft erhob, als er von der Liquidationskommission im November 1851 aufgefordert wurde, sein Guthaben geltend zu machen. Seine Forderungen wurden widersprochen, worauf er klagte. Die gerichtlichen Verhandlungen zogen sich in die Länge, und im Dezember 1854 erhielt sein Anwalt von der Liquidationskommission einen Brief folgenden Inhalts:

„Wir sehen uns zu der Andeutung gemüßigt, daß wir, im Falle Herr Mickerts nicht vorher richterlichen Einhalt erwirkt, ohne Rücksicht auf seine Ansprüche, die Ergebnisse unserer Liquidation unter die Aktionäre vertheilen werden. Wir setzen Sie hiervon in Kenntniß, damit Sie erwägen können, ob und wie Sie Ihren Clienten vor Weitläufigkeiten und möglichen Schaden bewahren wollen."

Nun erhob Mickerts eine Arrestklage, deren Gesuch dahin ging, den Mitgliedern der Liquidationskommission aufzugeben, von den Ergebnissen der Liquidation 20,000 fl. bis auf weitere gerichtliche Anordnung bei Vermeidung eigenen Haftens zurückzubehalten, oder gerichtlich zu hinterlegen.

Die Begründung der Ansprüche Mickerts und deren Bescheinigung — was später der Gegenstand einer weiteren Mittheilung aus dem Hauptprozesse bilden soll — mag hier übergangen werden. Zur Begründung des Arrestes war in der Klage angeführt worden:

Die Aktiengesellschaft habe sich aufgelöst, weil das Geschäft ins Stocken gerathen, und das Gesellschaftsvermögen bereits nicht mehr zureichend gewesen sei, um die Forderungen der Gläubiger (die Schulden) und die der Aktionäre (Aktien) vollständig zu decken. Das von der Generalversammlung beschlossene Liquidationsverfahren trage daher den Charakter des Gantverfahrens an sich. „Die Funktionen, heißt es weiter, welche in einer eigentlichen Gant dem Gantgerichte obliegen, wur-

den hier der Liquidationskommission übertragen. Diese sollte a) die Schulden der Gesellschaft bezahlen und b) das reine Vermögen unter die Aktionäre vertheilen." Die begehrte Hinterlegung (oder auch Sicherheitsleistung nach §. 663 Pr.O.) sei daher nach Analogie der §. 885 Abs. 4 Pr.O. gerechtfertigt.

Zugleich wurden die §§. 284 Ziff. 6. 644 Ziff. 3. 4. und 6 *) angerufen, und „zur Bescheinigung des Daseins eines gesetzlichen Grundes zur Auslegung des Arrestes" das oben erwähnte Schreiben beigelegt.

Der Unterrichter erkannte, daß das Arrestgesuch hinsichtlich des die Summe von 10200 fl. übersteigenden Betrags wegen mangelnder Bescheinigung nicht stattfinde, legte aber wegen des weiteren Betrags Arrest an, „weil nach dem Schreiben vom 28. Dezember die Liquidationskommission jetzt noch im Besitze von Geldern ist, welche zur Schuldenzahlung bestimmt, oder geeignet sind, welche die Commission aber im Begriffe steht, an die Aktionäre zu vertheilen, und weil in diesem Falle der Rechtsstand des Klägers bei dem voraussichtlich noch längere Zeit fortdauernden Rechtsstreit verschlimmert, und dessen Befriedigung erschwert würde."

Nach stattgehabter Rechtfertigungstagfahrt hob der Unterrichter, und zwar hauptsächlich wegen mangelnder Bescheinigung der Ansprüche den erkannten Arrest wieder auf. Hiegegen ergriff Mickerts die Berufung an das mittelrheinische Hofgericht, jedoch ohne besseren Erfolg. Der Gerichtshof sah bei seinem bestätigenden Erkenntnisse von der Begründung und Bescheinigung der erhobenen Ansprüche ab, und stützte die Abweisung der Arrestklage auf den Mangel eines gesetzlichen Grundes zur Anlegung des Arrestes.

Die aus dem Gantverfahren herübergezogene Analogie hielt man für unstatthaft, weil die Vorschriften dieses ganzen Verfahrens als eines durchaus singulären Instituts auf andere Rechtsverhältnisse nicht übertragen werden können, ohne dem Geiste des Gesetzes Zwang anzuthun. Ebenso konnten auch die L.R.S. 872. 878, deren Analogieen der klägerische Anwalt hereinzuziehen suchte, hier nicht zu rechtsähnlicher Anwendung kommen, weil die Verhältnisse, welche diese Sätze im Auge haben, ganz andere sind, als die, welche als Erfordernisse eines Arrestes bezeichnet und bescheinigt sein müssen. Denn wollte man auch in dem Gesuche um Absonderung eines zur Deckung der kläger'schen Forderung hinreichenden Theiles des Gesellschaftsvermögens von dem unter die Gesellschafter zu vertheilenden Vermögen ein der Bitte der Erbschaftsgläubiger um Absonderung des Vermögens des Erblassers von dem des Erben ähnliches Begehren erblicken, so wäre ein solches Absonderungsgesuch doch immer wesentlich verschieden von einem Arrestgesuch, zu dessen Begründung immer Thatsachen gehörten, wie sie die Pr.O. in den §§. 643. 644 feststellt.

Es konnte sich daher nur fragen, ob die in der Arrestklage angeführten Thatsachen geeignet seien, um nach den darin benannten Gesetzesstellen als Arrestgründe zu dienen. Dieß glaubte man verneinen zu müssen. Denn was die §§. 284 Ziff. 6 b und 644 Ziff. 4 anbelangt, so ist die drohende Vertheilung eines Gesellschaftsvermögens unter die einzelnen Gesellschafter gewiß nicht dem Falle gleichzusetzen, wenn zu besorgen ist, daß streitige bewegliche Sachen von dem Inhaber während des Rechtsstreites wesentlich verändert, veräußert oder zerstört werden. Denn offenbar versteht der Gesetzgeber unter diesen beweglichen Sachen bestimmte nicht vertretbare im Preise befangene Gegenstände um deren unversehrte Erhaltung es sich handelt. Solche bestimmte Theile des Gesellschaftsvermögens, etwa Lokomotive und dergl. waren aber nicht als Gegenstände des Arrestes bezeichnet worden.

Viel größere Schwierigkeit bot die Frage, ob nicht die Erfordernisse der Arrestanlegung im Allgemeinen nach §. 643 in den angegebenen thatsächlichen Verhältnissen, nämlich darin zu finden seien, daß das Gesellschaftsvermögen ohne Rücksicht auf die Ansprüche Mickerts unter die Aktionäre vertheilt werden sollte, und zwar insbesondere, wenn man den ähnlichen Fall des §. 644 Ziff. 3 in Berücksichtigung ziehe. Denn da alle Fälle des §. 644 nur Beispiele der Gefahr sind, welche ohne die Arrestanlage dem Berechtigten die wirksame Verfolgung seines Rechtes unmöglich zu machen, oder doch sehr zu erschweren droht, so mußte es in die Augen springen, daß der zur Entscheidung vorliegende Fall, da ohne die Arrestklage die kläger'schen Ansprüche an die einzelnen Gesellschafter geltend gemacht werden müßten, in hohem Grade ähnlich ist dem von dem Gesetzgeber in §. 644 Ziff. 3 ausdrücklich als zur Arrestanlage geeignet bezeichneten Fall, wo Ansprüche an einen Verstorbenen gegen dessen Erben verfolgt werden, welche im Begriffe stehen, die Erbschaft

*) Eine weitere thatsächliche Begründung, welche der Anwendung der Ziffer 4 und 6 zur Folie dienen könnte, ist jedoch in der Arrestklage nicht enthalten.

D. E.

zu theilen, und sie dann zur Zeit der Vollstreckung bei verschiedenen Gerichten in Anspruch genommen werden müßten. Allein gerade, weil der Gesetzgeber nur den letztern Fall des §. 644 Ziff. 3 als Beispiel angeführt, des dem Gesellschaftsverhältnisse entspringenden, nahe liegenden Falles nicht gedacht hat, glaubte der Gerichtshof, daß es nicht der Wille des Gesetzgebers sei, hier Arrest anzulegen. Die hierher bezügliche Stelle der Entscheidungsgründe sagt:

„Das Gesetz läßt bei Gesellschaftsverhältnissen nicht dieselben Grundsätze gelten, wie bei Ansprüchen an die Verlassenschaft eines verstorbenen Schuldners. Für die Sicherung Letzterer hat das Gesetz durch die Bestimmung des §. 644 Ziff. 3 der Pr.O. gesorgt. Für die Sicherung von Ansprüchen an eine Gesellschaft, die sich auflöst, oder aufgelöst hat, ist eine ähnliche Vorsorge nicht getroffen. Der Grund dafür liegt nahe. Wer mit dem Einzelnen in einem Forderungsverhältnisse steht, kann sich nur an diesen halten. Der Tod des Schuldners ist ein nicht vorherzusehendes Ereigniß, dessen Folge abzuwenden nicht in der Macht des Gläubigers steht. Deßhalb war eine Vorsorge nöthig, damit der Gläubiger nachtheilige Folgen eines solchen Ereignisses abzuwenden im Stande sei.

Anderst ist es mit Vertragsverhältnissen bei einer Gesellschaft. Die Auflösung einer Gesellschaft ist ein gleich von Anfang an unterstellbares Ereigniß, dessen Möglichkeit Jedem klar sein muß, der Rechtsverhältnisse mit einer Gesellschaft eingeht. Eben deßhalb darf von ihm verlangt werden, daß er sich selbst für den Fall der Auflösung sicher stelle. Thut er dieß nicht, so liegt kein Grund vor, dem anderweite Sicherungsmittel an die Hand zu geben, der entweder nicht den Willen, oder nicht die Vorsicht gehabt hat, sich zu rechter Zeit selbst zu sichern. Darum schweigt das Gesetz bei den im §. 644 aufgezählten Fällen vom Gesellschaftsverhältnisse, und es darf um so weniger unterstellt werden, daß dieses Schweigen ein absichtloses sei, als der Gesetzgeber an andern Orten des Prozeßgesetzes, namentlich bei den §§. 16 und 17 desselben klar genug gezeigt hat, wie Verlassenschafts- und Gesellschaftssachen mit einander betrachtet, und neben einander in geeignete Berücksichtigung gezogen wurden. Hiernach kann eine rechtsähnliche Anwendung der für Erbschaftsgläubiger gestatteten Sicherungsmittel hierher keine Anwendung finden."

Der weitere Theil der Entscheidungsgründe, in welchem unter Anderem auch angeführt ist, daß ja der Hauptprozeß schon im Laufe, und damit der Gerichtsstand*) gegen sämmtliche Aktionäre (§. 17 Pr.O.) gewonnen wäre, rügt meist nur die Mangelhaftigkeit der thatsächlichen Begründung, daß der Kläger im Falle seines Obsiegens im Hauptprozesse seine Forderung ganz oder theilweise ohne die Arrestanlage verlieren könne, und kann, da er nicht Gesetzauslegung betrifft, hier übergangen werden.

Ottendorff.

II.

Urkundenfälschung behufs der Erwirkung der Bürgeraufnahme.

Das Gesetz über die Rechte der Gemeindebürger und die Erwerbung des Bürgerrechts vom 31. Dezember 1831, beziehungsweise 15. Februar 1851 (Reggsbl. 1851 Nr. 30 S. 299—318) sagt im §. 84:

„Jedem, der durch betrügliche Angabe oder auf falsche Urkunden, oder auf Urkunden, welche unrichtige Angaben enthalten, deren Unrichtigkeit er gewußt hat, um die Bürgeraufnahme nachsucht, kann von dem Gemeinderathe die Aufnahme als Bürger versagt werden. Er leidet außerdem die gesetzliche Strafe seines Verbrechens;"

im §. 85:

„der gesetzlichen Strafe unterliegt ebenso Derjenige, der auf solche Urkunden oder betrügliche Angaben das Bürgerrecht erschlichen hat;"

im §. 88:

„der gesetzlichen Strafe unterliegen ferner die Eltern, Vormünder, obrigkeitliche Personen, und Alle, welche an der Ausstellung falscher oder unrichtiger Urkunden oder Zeugnisse Theil genommen haben. Mitglieder der Gemeinderäthe, welche, ohne daß ihnen das Verbrechen der Fälschung zur Last fällt, leichtfertig unrichtige Zeugnisse ausstellen oder dazu mitwirken, sind von den Verwaltungsbehörden

---

*) Die Gefahr liegt hier auch nicht in der Verfolgung des Rechts, sondern in der Verwirklichung desselben durch Hilfsvollstreckung gegen die einzelnen Aktionäre. So sagt auch der §. 642 Ziff. 3 ausdrücklich: — — und sie dann zur Zeit der Vollstreckung bei verschiedenen Gerichten in Anspruch genommen werden müßten."

in eine Disciplinarstrafe von zehn bis fünfzig Gulden zu verfällen."

Die §§. 84. 85 und der erste Satz des §. 88 waren schon in dem Gesetze vom Jahre 1831 enthalten. Der §. 88, welcher die disciplinäre Bestrafung der Gemeinderäthe betrifft, ist ein durch das Gesetz vom Jahre 1851 (Art. 13 — Reggsbl. 1851, No. 14 S. 154. 155) gemachter Zusatz. In der durch das großh. Ministerium des Innern im Regierungsblatte vom 3. Mai 1851 (No. 30 S. 299 u. ff.) bewirkten Veröffentlichung der in ein Ganzes verschmolzenen Gesetze der Jahre 1831 und 1851 sind in einer Note zu den im §. 88 enthaltenen Anfangsworten „der gesetzlichen Strafe" die §§. 423. 425. 427. 484. 486. 676. 677. 678 des Strafgesetzbuches abgedruckt. Die §§. 423. 425. 427 handeln bekanntlich von der Fälschung öffentlicher Urkunden, §. 484 vom Meineide, §. 486 vom falschen Zeugnisse, §. 676 von der Fälschung behufs ungerechter Entscheidung, die §§. 677. 678 von der Fälschung mit Mißbrauch des amtlichen Beurkundungsrechtes.

Unerachtet der Bestimmungen der §§. 84. 85, 88 des Gesetzes vom Jahr 1831, beziehungsweise 1851 und unerachtet dessen, daß in der vorhin erwähnten Veröffentlichung des großh. Ministeriums des Innern die eben angeführten Gesetzesstellen mit den Bestimmungen der §§. 423. 425. 427 des Strafgesetzbuchs in Verbindung gebracht wurden, ist schon mehrfach Zweifel darüber entstanden, ob die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über Urkundenfälschung aus Gewinnsucht da, wo es sich um eine mittelst Fälschung von Urkunden zu bewirkende betrügliche Erschleichung des Bürgerrechts, eines politischen Rechts, mithin nicht um unmittelbare Erreichung eines Vermögensvortheiles handle, anwendbar seien.

Die eben aufgeworfene Frage ist nun in folgendem Falle von großh. Hofgerichte des Unterrheinkreises und vom großh. Oberhofgerichte bejahend entschieden worden.

Carl F. von Werbachhausen, Amts Tauberbischofsheim, suchte die Bürgerannahme in Werbach, einer Gemeinde desselben Amtes, zu erlangen. Der Gemeinderath zu Werbach wies ihn wegen Mangels des zur Bürgerannahme nöthigen Vermögens (§. 23 des Bürgerrechtsgesetzes) mit dem gestellten Ansuchen zurück. Carl F. erzielte kein günstigeres Ergebniß, als er sich im Rekurswege an das großherzogl. Bezirksamt Tauberbischofsheim wandte. Auch dieses wies ihn aus dem angegebenen Grunde ab. Nun trat F. abermals bei dem mehrerwähnten Amte mit seinem Gesuche auf und machte demselben eine umfassende Darstellung des Standes seines Vermögens, die er mit Urkunden belegte. Er berief sich unter Anderem darauf, daß er Liegenschaften im Werthe von 785 fl. um den Betrag von 785 fl. gekauft, daß er an diesem Kaufpreise die Summe von 400 fl. abbezahlt habe, und daß mithin der Ueberschuß von 785 fl. über 400 fl. als reines Vermögen betrachtet werden müsse. Daß F. die fraglichen Liegenschaften um 785 fl. gekauft habe, und daß dieselben einen dem Kaufpreise entsprechenden Werth hätten, blieb unbeanstandet. Dagegen wurde beanstandet, daß die Abschlagszahlung von 400 fl. in Wirklichkeit erfolgt sei. Die Quittung, durch welche F. diese Zahlung nachzuweisen suchte, wurde als falsch angefochten. Es gab dies Anlaß zu Einleitung einer gerichtlichen Untersuchung gegen F. wegen Urkundenfälschung. Die Untersuchung hatte die Folge, daß F. durch Urtheil des großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises vom 16. Octbr. 1855, No. 10,647, II. Crim.Sen. „der Fälschung einer Privaturkunde in gewinnsüchtiger Absicht" für schuldig erklärt und zu einer Kreisgefängnißstrafe von sechs Monaten, sowie zu Geldstrafe von 50 fl. verurtheilt, und daß dieses Urtheil auf den von F. dagegen ergriffenen Recurs von großh. Oberhofgerichte unter dem 17. März d. J., No. 941. 942, lediglich bestätigt wurde. Es sagen die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe über die oben angeregte Frage:

„Sein (F's.) Vorgeben, daß er die falsche Quittung nur aus Versehen zu den Akten gegeben habe, verdient nach dem Wortlaute des Protokolls vom 24. Mai 1855 und nach dem Zeugnisse des Actuars St., wie nach dem ganzen Sachverhalte, keinen Glauben; vielmehr ist es unzweifelhaft, daß er von der Quittung mit der Absicht Gebrauch machte, um bei der Behörde die Ansicht hervorzurufen, daß er das zur Bürgerannahme in Werbach erforderliche Vermögen besitze. Diese Absicht ist aber, wenn sie gleich nicht auf Erreichung eines privatrechtlichen Vortheils ging, doch in so ferne eine gewinnsüchtige, als er sich durch Täuschung der über die Bürgerannahme in zweiter Instanz entscheidenden Behörde, ohne die zu dieser Annahme erforderlichen Eigenschaften wirklich zu besitzen, die Vortheile des Bürgerrechts in Werbach verschaffen wollte. Diese Handlungsweise war auch geeignet, die Gemeinde zu beschädigen, die in ihm einen nicht mit dem gehörigen Vermögen ausgestatteten Bürger erhalten, also der gesetzlich vorgesehenen Sicherheit dagegen entbehrt hätte, daß sie dereinst in die Lage komme, eigene Mittel

für ihn und seine Familie aufwenden zu müssen. Der Angeklagte hat daher die in dem §. 430 vrgl. mit §. 423 des Str.G.B. gedrohte Strafe verwirkt, neben welcher nach §. 443 daselbst zugleich Geldstrafe eintritt."

Der großh. Staatsanwalt wies in seiner Erklärung auf die Recursausführung auch auf die oben angeführten Bestimmungen des Bürgerrechtsgesetzes hin.

„Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe besagen nach einer kurzen Darlegung der Handlungsweise des Angeschuldigten:

„Hierdurch machte er sich aber der Fälschung einer Privaturkunde schuldig, indem er sich durch den Gebrauch der falschen Urkunde die mit dem Bürgerrechte verbundenen Vortheile zu verschaffen suchte, und Derjenige, welcher auf den Grund falscher Urkunden seine Bürgeraufnahme nachsucht, sowie Derjenige, welcher auf den Grund falscher Urkunden seine Bürgerannahme erschlichen hat, nach den §§. 84. 85 des Gesetzes über die Erwerbung des Bürgerrechtes (Reggsbl. 1851 S. 316) mit der gesetzlichen Strafe der Fälschung belegt werden soll."

R.

III.

1) Ist die im Scheidungsprozesse unterliegende Ehefrau verpflichtet, dem Manne die Unterhaltsrente, welche er ihr gezahlt hat, als sie während des Prozesses die Wohnung des Mannes verlassen hatte, wieder zu erstatten?

L.R.S. 268.

2) Ist der im unbedingten Mandatsprozesse klagende Ausländer verpflichtet, auf Begehren des Beklagten Sicherheit für die Prozeßkosten zu leisten?

Pr.O. §§. 176. 183. 671.

A. Mayer erhob gegen seine Ehefrau eine Klage auf Ehescheidung und erlangte ein obsiegendes Urtheil. Im Ehevertrage war bestimmt, daß keine Gütergemeinschaft stattfinde; zugleich hatte darin Mayer den Empfang des 6000 fl. betragenden Beibringes seiner Frau bescheinigt. Nachdem die Ehescheidung vollzogen war, erwirkte die geschiedene Ehefrau auf den Grund des ergangenen Scheidungsurtheiles, des Standesbuches, worin die Scheidung eingetragen war und des Ehevertrags einen unbedingten Befehl gegen ihren geschiedenen Gatten auf Rückzahlung des 6000 fl. betragenden Beibringens, und cedirte darauf alle Rechte aus diesem unbedingten Befehle an ihren in Feuchtwangen im Königreiche Baiern wohnenden Vater S. W. Gutmann. Einen Tag vor Ablauf der dreimonatlichen Zahlungsfrist erhob Mayer Einsprache gegen den unbedingten Befehl, indem er eine große Reihe von Gegenforderungen als Wettschlagungsposten geltend machte, welche ihm theils gegen die geschiedene Ehefrau, theils gegen den Cessionar, ihren Vater, zustehen sollten. Unter diesen Gegenforderungen befand sich auch die auf Rückzahlung der Unterhaltsrente, welche er während des Scheidungsprozesses seiner Frau gezahlt hatte.

Kurz nach Einreichung der Scheidungsklage war er nämlich bei Amt mit dem Gesuche aufgetreten, daß seine Frau die eheliche Wohnung verlasse, indem ein ferneres Verbleiben derselben in seinem Hause eine sittliche Unmöglichkeit sei. Der Unterrichter hörte hierüber die Beklagte und nach einem vergeblichen Versuche zur Vereinigung über verschiedene während des Scheidungsverfahrens zu treffende Maßregeln kam eine Uebereinkunft zwischen den Ehegatten unter Anderem auch dahin zu Stande, daß für die Dauer des Scheidungsprozesses die Ehefrau eine gesonderte Wohnung beziehe, und der Ehemann ihr eine wöchentliche Unterhaltsrente von 10 Gulden verabreiche.

Der Unterrichter hielt das Gesuch der Wiedererstattung dieser Unterhaltsrente für unbegründet, und das mittelrheinische Hofgericht trat dieser Ansicht bei, und zwar aus folgenden

Gründen:

„Nach L.R.S. 268 darf die Frau, sie sei in der Ehescheidungssache Klägerin oder Beklagte, verlangen, daß ihr während der Dauer des Scheidungsverfahrens eine besondere Wohnung angewiesen werde, und während der Zeit, welche die Frau außer der ehelichen Wohnung zubringt, ist der Mann verpflichtet, ihr eine Unterhaltsrente zu zahlen, deren Größe das Gericht festsetzt. Die Verpflichtung zur Zahlung dieser Rente entspringt aus L.R.S. 214, wornach „der Mann schuldig ist, seiner Frau Alles, was zum Lebensunterhalte nothwendig ist, nach seinem Stande und Vermögen zu reichen." Diese Rente, welche der Mann seiner, während der Dauer des Ehescheidungsprozesses außer der ehelichen

Wohnung weilenden Frau *zu ihrem Lebensunterhalte* zahlt, vertritt daher nur die Stelle dessen, was er ihr zu ihrem Lebensunterhalte reicht, während sie bei ihm wohnt. So wenig aber eine im Ehescheidungsprozesse unterliegende Frau verpflichtet ist, ihrem Manne dasjenige zu restituiren, was sie während des Scheidungsprozesses in seiner ehelichen Wohnung von ihm *zum Lebensunterhalte* empfangen hat, ebensowenig ist sie verpflichtet, ihm die Rente zurückzuzahlen, welche er ihr *zu ihrem Lebensunterhalte* außerhalb der ehelichen Wohnung gereicht hat. Schon deßwegen wäre daher diese Einrede verwerflich. Allein hiezu kommt noch, daß gar nicht die Frau es war, welche eine gesonderte Wohnung begehrt hat; sondern daß der jetzige Beklagte selbst bei dem Richter darauf gedrungen hat, daß seine Frau eine gesonderte Wohnung beziehe. Wenn er nun damals vor dem Richter seiner Frau, welche nur in dieses *Begehren ihres Mannes einwilligte*, eine Unterhaltsrente in bestimmter Größe zusagte, so kann er hinterher diese Zusage nicht dadurch widerrufen, daß er die Rückerstattung der von ihm ohne Vorbehalt zugesicherten Rente begehrt."

„Es kann daher die Frage, ob der Beklagte durch die Zahlung der Rente im Vergleiche zur Verabreichung des Unterhalts im Hause einen *Mehraufwand* gehabt habe, hier ganz unerörtert bleiben" u. s. w.

Diese Frage, ob die im Scheidungsprozesse unterliegende Ehefrau ihrem Manne nicht wenigstens dann den Mehraufwand, den die Unterhaltsrente im Vergleiche zur Verabreichung des Unterhalts in Natur verursacht, ersetzen muß, wenn sie selbst begehrt hat, außer dem Hause des Mannes wohnen zu dürfen, ist keineswegs unbestritten. Der Gerichtshof in Rennes (Annalen Jahrg. X. Beibl. S. 39, Gilbert Code annoté Note 13) hat die Pflicht der Frau zum Rückersatz nur an die Bedingung geknüpft, daß die Frau so viel Vermögen habe, daß sie bei der Auseinandersetzung des Vermögens noch so viel übrig behalte, um diese Rente erstatten zu können, indem alsdann die Zahlung des Mannes nur als ein *Vorschuß* erscheine, den die Frau an ihrem Vermögen sich aufrechnen zu lassen habe. Diese Entscheidung ist wohl gewiß nicht richtig. Denn das Entscheidungsurtheil wirkt nicht auf den Tag der Klage zurück, und der Mann bleibt daher bis zum Tage der Scheidung nach L.R.S. 214 zum Unterhalte der Frau verpflichtet, dieselbe mag eigenes Vermögen besitzen oder nicht. Unterliegt aber die Frau im Scheidungsprozesse, so ist damit auch ausgesprochen, daß sie durch ihre unrechte That (so darf wohl jeder Ehescheidungsgrund aus *bestimmter Ursache*, L.R.S. 229—232, bezeichnet werden!) den Scheidungsprozeß verursacht hat. Sie hat daher nach L.R.S. 1382 jeden ihrem Manne zugegangenen Schaden zu ersetzen. Daß aber die Verabreichung einer Unterhalts*rente* einen größeren Aufwand verursacht, als die Verabreichung des Unterhalts selbst in der Haushaltung des Mannes, ist gewiß; und dieser *Mehraufwand* ist daher ein dem Manne zugefügter Schaden. Diese Auffassung wird man wohl auch nicht zu hart finden, wenn man vergleicht, wie strenge das Gesetz in den L.R.S. 298—301 den im Scheidungsverfahren unterliegenden Theil behandelt.

In der Einsprache gegen den unbedingten Befehl hatte der Beklagte auch begehrt, daß der ausländische Kläger Sicherheit für die Prozeßkosten leiste, und daß bis dahin die Verhandlungen eingestellt werden. Der mittelrheinische Gerichtshof hielt dies Begehren für unstatthaft, und begründete seinen Ausspruch also:

„— — Der Unterrichter hat im Erkenntnisse vom 22. Novbr. v. J. den Kläger thatsächlich zur Stellung einer Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten verurtheilt. Dadurch hat er gegen die Vorschriften der Prozeßordnung gefehlt. Der Beklagte beruft sich zwar darauf, daß S. R. Gutmann Ausländer sei, und deßhalb nach §. 176 Pr.O. für die Prozeßkosten Sicherheit zu leisten habe, sowie daß in §. 183 Pr.O., welcher die Fälle benennt, in welchen ausnahmsweise *keine* Sicherheit zu leisten ist, des unbedingten Mandatsprozesses nicht gedacht sei."

„Allein daß in letzterem Paragraphen dieser Prozeßart nicht erwähnt wurde, erklärt sich leicht, ohne daß man den Gesetzgeber des groben Uebersehens zeihen muß, daß er den im *Executivprozeß* liegenden Ausländer von der Cautionsleistung befreite, nicht aber den in viel günstigerer Lage sich befindenden Kläger im unbedingten Mandatsprozesse."

„Diese Erklärung ergibt sich aus der Vorschrift des §. 671 Pr.O., wornach von *verzögerlichen* Einreden einem unbedingten Befehle nur solche entgegengesetzt werden dürfen, welche vom Mangel wesentlicher Voraussetzungen des Verfahrens oder der Zulässigkeit dieser Prozeßart hergenommen sind. Das Begehren der Cautionsleistung, seiner Natur nach (§. 187 Pr.O.) eine den Fort-

gang des Prozesses verzögernde Einrede gehört keinen Falls zu jenen verzögerlichen Einreden, welche allein der §. 671 Pr.O. im unbedingten Mandatsprozesse zuläßt."

„Hiezu kommt aber, daß der unbedingte Befehl im ersten Rechtszuge auf 4002 fl., und nach dem jetzt ergehenden Urtheile auf 5901 fl. bestätigt worden ist. Sollte daher auch der Rechtsstreit in die letzte Instanz gelangen, so ist nach der Auffassung des jetzt urtheilenden Richters an der Forderung des Klägers jedenfalls soviel liquid als die Prozeßkosten betragen werden. Pr.O. §. 183 Ziff. 2."

Einer der Votanten hielt diesen letzten Grund nicht für richtig; er war der Ansicht, daß wenn §. 183 Ziff. 2 von liquiden Forderungen spreche, darunter nur solche zu verstehen seien, welche keiner weiteren Anfechtung durch Rechtsmittel, hier also nicht der etwaigen Abänderung durch die noch zulässige Oberberufung unterworfen seien, da mit dem Augenblicke der Anzeige der Oberberufung die jetzt zuerkannte Forderung so wenig als im Augenblicke der Einsprache für liquid, sondern geradezu für streitig erklärt werden müsse. Dagegen war er der Ansicht, daß aus der eigenthümlichen Natur des unbedingten Mandatsprozesses selbst, es hervorgehe, daß hier von dem Begehren einer Cautionsstellung durch den Kläger nicht die Rede sein kann. Er begründete seine Ansicht durch nachstehende Sätze:

Die Folge der Nichtbestellung der Sicherheit ist nach §. 187 Pr.O. die Verfügung des Stillstandes der Verhandlungen und Entbindung des Beklagten von der Instanz. Beides kann in dem unbedingten Mandatsprozesse nicht Platz greifen, denn in diesem finden über die Klage selbst gar keine Verhandlungen statt. Das ganze Verfahren besteht in dem Gesuche und in der Entscheidung des Richters über das Gesuch. Damit ist der Rechtsstreit, insoweit ihn der ausländische Kläger gegen den Inländer führt, beendigt, und es entstehen dadurch, wenn der Kläger abgewiesen wird, für den beklagten Inländer gar keine Kosten. Wird aber der unbedingte Befehl ertheilt, so entsteht dadurch für den Kläger die günstige Lage, daß er ohne weiteres Verfahren eine liquide, nach Umlauf der zur Zahlung gegebenen Frist vollstreckbare Forderung gegen den Inländer besitzt. Will nun der durch den unbedingten Befehl bereits verurtheilte Inländer dieses Erkenntniß des unbedingten Befehls hinwegräumen, so ist er es, welcher durch seine Einsprache das Verfahren aufs Neue beginnt, wodurch er gleichsam die Rolle des Klägers auf Wiederherstellung gegen das ergangene Urtheil übernimmt. Sein Interesse ist es auch, daß die Verhandlungen nicht eingestellt, vielmehr, daß sie fortgesetzt werden. Eine Einstellung der Verhandlungen wäre überhaupt nach Lage der Sache nicht möglich, weil mit dem unbedingten Befehle dieselben beendigt sind. Es gäbe nur keine Einstellung der Vollstreckung. Dieß begründete aber nur eine Sicherheitsleistung im Sinne des §. 673 Pr.O. wegen Wiedererstattung des kraft des unbedingten Prozesses Erlangten, nicht aber wegen des Ersatzes der Prozeßkosten im Sinne des §. 176 Pr.O. Eine Entbindung von der Instanz aber hat für den Beklagten, der bereits verurtheilt ist, keinen Sinn und keine Bedeutung, weil dadurch ja nicht eine fortwirkende Kraft eines verurtheilenden Erkenntnisses gehemmt, vielmehr dadurch gerade das Ergehen eines solchen Erkenntnisses gehindert werden soll."

Diese Ausführung fand jedoch nicht die Zustimmung der Mehrheit.

Ottendorff.

IV.

Wer eine auf Wege der Klage geltend gemachte Forderung unbedingt zugesteht, hat nicht das Recht im zweiten Rechtszuge die Tilgung dieser Forderung als Neuheit vorzutragen.

Pr.O. §. 1163. 1172ᵃ.

So hat der mittelrheinische Gerichtshof erkannt
J. S. Baumann gegen Rock,
J. S. Kaufmann gegen Dessäga,
J. S. der Edler'schen Kinder gegen die Edler'sche Gantmasse.

In der letzten Sache haben die Kinder erster Ehe des Philipp Edler von Bruchsal gegen die Gantmasse ihres Vaters nachfolgenden Anspruch angemeldet:

„Ererbtes Vermögen im Betrage von 456 fl., welches ihnen während ihrer Minderjährigkeit auf Ableben ihrer Großmutter, der Sebastian Buchmül-

ler Wittwe, anerfallen, und von ihrem Vater als ihrem gesetzlichen Vormunde bisher verwaltet, ihnen aber noch nicht ausgeliefert worden ist."

Die Vertreter der Masse anerkannten in der Richtigstellungstagfahrt die angemeldete Forderung, und beanstandeten nur das dafür gleichzeitig angesprochene gesetzliche Unterpfandsrecht (was jedoch hier nicht weiter in Betracht kommt). Im zweiten Rechtszuge modificirten sie ihr Geständniß und behaupteten eventuell die Tilgung der Forderung. Sie wurden damit zurückgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen:

„Gegenüber diesem Anerkenntnisse konnte die von der appellantischen Gantmasse im zweiten Rechtszuge aufgestellte Behauptung, daß das Vermögen der Kinder entweder noch ausstehe, oder von ihnen eingezogen, oder ihnen von dem Gantmanne bereits ausgeliefert worden sei, keine Berücksichtigung mehr finden. Denn es hat die Gantmasse mit jenem Anerkenntnisse nicht etwa blos Thatsachen zugestanden, die darauf gebaute Forderung aber bestritten, oder wenigstens richterlicher Beurtheilung anheimgestellt, in welchem Falle alle mit dem Zugeständnisse nicht in unmittelbarem Zusammenhange stehenden Vertheidigungsmittel forthin gebraucht werden könnten, sondern sie hat die Forderung als solche, als ein Recht der Liquidanten anerkannt, und zwar mit unmittelbarer Beziehung zur vorangegangenen Anmeldung, in welcher der Rechtstitel des Anspruchs rechtsgenügend angegeben ist, daher auch dem Anerkenntnisse volle Rechtswirkung dahin zukommt, daß damit die Forderung als eine gegenwärtige, existente nachgewiesen ist. Es können daher keine früheren, sondern nur spätere Vorgänge als den liquidantischen Anspruch in seiner Entstehung hindernd, oder den entstandenen aufhebend geltend gemacht werden. L.R.S. 1337 Abs. 1."

Im Wesentlichen von demselben Gedankengange wurde der Gerichtshof bei der Entscheidung der zwei zuerst genannten Rechtsstreite geleitet. Ottendorf.

V.

Anzeige.

Das badische Landrecht mit Einschluß des Handelsrechts und die Prozeßordnung annotirt nach den Entscheidungen der badischen Gerichtshöfe und der badischen Doctrin.

Unter Hinweisung auf die bezüglichen Gesetze und Verordnungen für den Handgebrauch des praktischen Juristen, bearbeitet von **K. Kah**, Amtmann in Heidelberg. Erste Lieferung. Freiburg im Breisgau. Literarische Anstalt 1856.

Dieses Repertoire, welches in 4—5 Liefer. vollständig erscheinen soll, hat den Zweck, dem praktischen Juristen ein zeitersparender Führer zu sein. Dasselbe ist am meisten vergleichbar mit dem Fr. Kappler'schen Handbuch des badischen Rechts von 1847 (Annalen XVI. 83), welches sich als sehr brauchbar bewährt hat.

Die erste Lieferung des Repertoires behandelt das I. und II. Einführungsedict zum Landrecht und sodann dieses selbst von Satz 1 bis Satz 702.

Natürlich ist die Sammlung der Literatur hierin reichhaltiger als in dem Kappler'schen Werke, weil seit dessen Erscheinen beinahe ein Decennium verstrichen und in dieser Zeit die Praxis mit der Gesetzgebung merklich fortgeschritten ist.

Bei der Durchsicht des Heftes überzeugt man sich alsbald, daß gerichtliche Entscheidungen, welche die Annalen von 1855 mittheilen, an den betreffenden Stellen, z. B. bei L.R.S. 285. 463 u. s. w. noch allegirt sind.

Der Praktiker, welcher nicht viel Zeit auf das Nachschlagen verwenden kann, wird es dem Verfasser gewiß Dank wissen, daß er ihm mit diesem durch viele Vorzüge ausgezeichneten Führer zur Hilfe gekommen ist.

Wir zweifeln deßhalb keinen Augenblick, daß dem angezeigten Werkchen die verdiente Anerkennung zu Theil werden wird. D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 16.

I.

Von der Zahlung.

(Aus Marcadé: Explication du Code civil.)

§. 1.

Die Zahlung ist nichts Anderes als der Vollzug der Verbindlichkeit, die Erfüllung dessen, wozu der Schuldner gehalten war.

Indem die Zahlung die Verbindlichkeit tilgt, tilgt sie auch ganz natürlich die Anhängsel dieser Verbindlichkeit; dem kann aber auch anders sein, und es kann kommen, daß die accessorischen Garantieen, welche eine Forderung sicherten, nach der Zahlung und Erlöschung dieser Forderung, zu Gunsten einer neuen Forderung, auf welche das Gesetz sie überträgt, fortbestehen bleiben. Dies kommt vor, wenn die Zahlung, anstatt durch den Schuldner, durch einen Dritten geschieht, welcher dadurch in die Rechte des Gläubigers eintritt. Dieser Fall steht nothwendiger Weise unter besonderen Regeln. Wenn ferner der nämliche Schuldner an den nämlichen Gläubiger mehrere Schulden hat, deren Gegenstände von der nämlichen Beschaffenheit sind und er macht darauf eine Zahlung, die nicht hinreicht, um sie alle zu decken und sich sowohl auf diese als auf jene beziehen kann, dann muß bestimmt werden, ob es dem Schuldner oder dem Gläubiger zusteht, die geleistete Zahlung lieber auf die als auf eine andere Schuld aufzurechnen, und wie diese Aufrechnung bei dem Stillschweigen der Betheiligten zu geschehen hat. — Endlich kann es vorkommen, daß ein Gläubiger ohne vernünftigen Grund die Zahlung, welche er zu bekommen hat, zurückweist; und da es nicht von der Laune dieses Gläubigers abhängen kann, die Verbindlichkeit seines Schuldners zu einer ewigen zu machen, so gibt das Gesetz diesem ein Mittel, sich auch gegen den Willen des Gläubigers frei zu machen.

Wir haben uns also in folgender Reihe zu beschäftigen:

1) Mit der Zahlung im Allgemeinen;
2) mit der Zahlung mit Eintritt in die Rechte des Gläubigers (Subrogation);
3) mit der Aufrechnung der Zahlung;
4) mit der erzwungenen Zahlung, im Falle der Weigerung des Gläubigers.

I. Allgemeine Regeln über die Zahlung.

§. 2.

Die Zahlung einer Schuld kann nicht allein vom Schuldner, sondern auch von jedem Anderen, sogar von dem geschehen, der gar kein Interesse an deren Leistung hat. In allen Fällen, und wer auch die Zahlung geleistet haben mag, muß die Schuld nothwendig erlöschen und der Schuldner von dieser Schuld frei werden, mit dem Vorbehalte, sich zu einer neuen Schuld dem gegenüber, welcher für ihn bezahlt und dadurch sein Geschäft geführt hat, verpflichtet zu sehen. Uebrigens ist zur Erlöschung der Verbindlichkeit und Befreiung des Verbindlichen erforderlich, daß der Dritte die Forderung bezahlt und nicht gekauft habe; denn es ist klar, daß im letzteren Falle immer die nämliche Schuld fortbestehen würde.

Die Regel, daß der Vollzug durch einen Anderen, als den Schuldner geschehen kann, ist übrigens nur in so fern anwendbar, als der Gläubiger kein Interesse daran hat, daß solcher durch den Schuldner selbst geschehe.

§. 3.

Wenn es sich um eine Zahlung handelt, wodurch das Eigenthum an dem gezahlten Gegenstande übertragen wer-

den soll (was bei Verbindlichkeiten über unbestimmte Sachen, und auch bei bestimmten Stücken, deren Eigenthum bis zur Uebergabe dem Schuldner zu überlassen man ausdrücklich übereingekommen war, eintritt), dann kann die Zahlung gültiger Weise nur von demjenigen geschehen, welcher Eigenthümer des Gegenstandes und zugleich fähig ist, denselben zu veräußern.

War der Zähler nicht Eigenthümer der Sache, dann kann der Gläubiger das Eigenthum derselben nur durch die Verjährung erwerben (übrigens tritt diese Verjährung bei Fahrnissen, die weder gefunden, noch gestohlen sind, unmittelbar ein); und bis zu deren Vollendung kann er durch den Eigenthümer der Sache entwährt werden. Anders wäre es jedoch, wenn der Gläubiger die Sache in gutem Glauben verbraucht hätte; in diesem Falle, der nur bei Fahrnissen eintreten kann, würde der Gläubiger durch den gutgläubigen Verbrauch außer dem Spiele gesetzt; und wenn es sich auch um gefundene oder gestohlene Fahrnisse handelte, so könnte er doch nicht ferner durch den Eigenthümer beunruhigt werden. Wäre der Verbrauch unredlicher Weise geschehen, so könnte der Eigenthümer auf Entschädigung klagen. So wie die Verjährung vollendet ist, kann der Gläubiger den Gegenstand behalten, verpflichtet ist er aber nicht dazu und könnte den Schuldner anhalten, ihm einen solchen zu liefern, dessen Eigenthümer er ist; denn Niemand kann gezwungen werden, sich der Verjährung gegen seinen Willen und die Stimme seines Gewissens zu bedienen.

Wenn der, welcher die Sache übergeben hat, zwar Eigenthümer derselben ist, aber unfähig war, sie zu veräußern, dann kann die Zahlung nur von diesem Unfähigen angefochten werden, wenn er ein Interesse daran hat, es zu thun; z. B. wenn er eine werthvollere Sache übergeben hat, als die und die andere, deren Uebergabe ihn ebenfalls befreit haben würde. Aber auch hier wäre der Rückgriff des Unfähigen unmöglich, wenn der Gläubiger die Sache in gutem Glauben verbraucht hätte.

§. 4.

Die Zahlung muß an einen Gläubiger geschehen, der fähig ist, zu empfangen, oder an eine Person, die, entweder von ihm, oder von dem Gesetze, oder vom Gerichte, an seiner Stelle anzunehmen, beauftragt ist. Jedoch wird die dem unfähigen Gläubiger gemachte Zahlung gültig, wenn sie in den Nutzen dieses Gläubigers verwendet wird und derselbe keinen Nachtheil aus der Regelwidrigkeit der Zahlung erleidet; oder ferner, wenn sie von demjenigen genehmigt wird, welcher Vollmacht hatte, für den Unfähigen anzunehmen. Ebenso wird die einem fähigen Gläubiger gebührende Zahlung, die man an Jemanden leistet, der keinen Auftrag, statt seiner zu empfangen hatte, gültig, wenn der Gläubiger sie gut geheißen, oder Vortheil daraus gezogen hat.

Gültig wäre auch die Zahlung, die weder an den Gläubiger noch an dessen Gewalthaber gemacht worden ist, wenn sie an den Besitzer der Forderung geschah, d. h. an denjenigen, welcher ungestört der Eigenschaft des Gläubigers genoß, z. B. an den vermeintlichen Erben. Eben so würde es sich mit der Zahlung an einen Gewalthaber verhalten, dessen Vollmacht zwar widerrufen, deren Widerruf dem Schuldner aber nicht eröffnet worden ist. Anders wäre es aber, wenn es sich um einen Auftrag, dessen Frist umlaufen ist, oder um einen erdichteten Auftrag handeln würde. Denn im ersten Falle benahm sich der Schuldner nachlässig, und im zweiten hat er die Folgen der Arglist auf sich, denn gegen ihn war diese Arglist gerichtet, ihn hat man betrogen.

Wurde die Zahlung auch an einen Gläubiger gemacht, der Herr seiner Rechte ist, so ist sie doch nichtig, wenn sie gegen einen richterlichen Beschlag geschah. In diesem Falle eines Beschlags muß der Schuldner nicht allein eine Summe, die der Forderung, für welche der Beschlag angelegt ist, gleichkömmt, sondern die ganze schuldige Summe in seinen Händen zurückbehalten; denn wenn nach seiner Zahlungsleistung neue Beschläge angelegt würden, bekäme der, welcher zuerst den Beschlag erwirkt, im Zusammentreffen mit denen, welche es später gethan haben, nur einen Theil der eingehaltenen Summe, mithin nur einen Theil seiner Forderung. Er würde also aus der theilweisen Zahlung, welche mit Hintansetzung seiner Einsprache geschah, einen Schaden erleiden, und diese Zahlung wäre demnach ihm gegenüber ungültig.

§. 5.

Da die Zahlung in der Uebergabe der Sache oder Vornahme der Handlung, welche Gegenstand der Verbindlichkeit ist, besteht, so kann der Gläubiger nicht gezwungen werden, an die Stelle des Gegenstandes, den er zu fordern hat, einen anderen setzen zu lassen, selbst wenn dieser letztere einen größeren Werth haben sollte. Unbezweifelt kann diese Vertauschung eines Gegenstandes mit einem anderen unter Einwilligung des Gläubigers ganz füglich geschehen

und es liegt darin der Fall einer Rechtswandlung; aber dieser Gläubiger braucht sich solche nicht gegen seinen Willen gefallen zu lassen.

Man thut seine Schuldigkeit im Zahlen nicht, man zahlt nicht pünktlich, wenn man das, was man auf ein Mal geben sollte, stückweise und in verschiedenen Zielern gibt; folglich kann der Gläubiger nicht gezwungen werden, Theilzahlungen anzunehmen. Jedoch sind die Gerichte befugt, dem Schuldner eine solche Theilzahlung zu verwilligen, wenn sie es für denselben, jedoch ohne Benachtheiligung des Gläubigers, nothwendig erachten. Dieser obgleich bestrittene Punkt ist dennoch richtig; denn er ist nicht nur im Gesetze niedergeschrieben, sondern auch in der bestimmtesten Weise von den Verfassern des bürgerlichen Gesetzbuchs ausgesprochen. Es kann das um so weniger bezweifelt werden, als der Satz welcher diese Befugniß ausspricht, in folgender Fassung angenommen worden ist: „der Richter kann gleichwohl, in Rücksicht auf die Lage des Schuldners, die Theilung der Zahlung verwilligen.“ Und da hierin eine Maaßregel der Menschlichkeit und der öffentlichen Ordnung liegt, die bestimmt ist, unglückliche und gewissenhafte Schuldner gegen die bisweilen unerbittliche und unnöthige Härte eines schlimmen Gläubigers zu schützen, so müssen wir zugeben, daß man hierin durch besondere Uebereinkunft keine Aenderung eintreten lassen kann, und daß die Richter trotz einer entgegenstehenden Stipulation, so oft davon Gebrauch machen können, als sie es für wahrhaft nothwendig erachten. Da die Verfügung, welche diese Befugniß einführt, absolut und ohne Beschränkung ist, und man keinen gesetzlichen oder vernünftigen Grund anführen kann, hierin eine Unterscheidung zu machen, die nicht darin liegt, so müssen wir gegen die Ansicht der Schriftsteller und mit einem feststehenden Gerichtsgebrauche, behaupten, daß diese Befugniß, welche die Menschlichkeit selbst hervorgerufen hat, ebensowohl auf eine öffentlich beurkundete als auf jede andere Schuld Anwendung findet.

§. 6.

Daraus, daß Niemand für Unmöglichkeiten, welche eintreten, ohne daß ihm etwas zugerechnet werden könnte, verantwortlich sein kann, folgt, daß, wenn die im Stücke bestimmte Sache, die den Gegenstand einer Verbindlichkeit ausmacht, ohne Verschulden oder eine Handlung des Schuldners sich verschlimmert, dieser vollkommen frei wird, wenn er die Sache in dem Zustande, in welchem sie sich befindet, übergibt. Der blose Verzug in der Uebergabe der Sache wäre ein Verschulden und würde den Schuldner verantwortlich machen, wenn durch diese Verzögerung die Sache verschlimmert würde, und sie nicht auch beim Gläubiger die Verschlimmerung hätte erleiden müssen.

Wenn die schuldige Sache, statt im Individuum (was man ein bestimmtes Stück nennt), nur der Art nach bezeichnet ist, oder, wenn man will, seiner Gattung nach, so muß der Theil, welchem die Wahl zusteht (d. h. der Schuldner, wenn das Gegentheil nicht bedungen ist), eine Sache mittlerer Güte wählen: der Gläubiger kann die beste nicht verlangen und der Schuldner die schlechteste nicht geben. Es wäre aber offenbar anders, wenn nachgewiesen würde, daß man der bestimmten Partei das unbeschränkte Recht habe geben wollen, den Gegenstand, der ihr beliebt, zu wählen, sei es nun aus einer bestimmten Klasse der Art oder der Gattung, oder aus der ganzen Art oder ganzen Gattung.

§. 7.

Der Ort, wo die Zahlung zu geschehen hat, wird nach den folgenden drei Regeln bestimmt: 1) sie hat an dem vertragsmäßig bestimmten Orte zu geschehen, so oft dieser Ort, sei es nun ausdrücklich oder stillschweigend, vereinbart worden ist; 2) wenn es sich, in Ermangelung ausdrücklicher oder stillschweigender Uebereinkunft, um ein bestimmtes Stück handelt, so muß solches an dem Orte übergeben werden, wo es sich beim Vertragsabschlusse befand; 3) außer diesen beiden Fällen geschieht die Zahlung im Allgemeinen im Wohnsitze des Schuldners: übrigens ist damit der Wohnsitz des Schuldners gemeint, den er am Tage der Zahlung hat, und nicht der andere Wohnsitz, den er am Tage des Vertragsabschlusses gehabt haben mochte; denn Pothier, aus dem das Gesetzbuch diese Regel entnommen hat, erklärte, daß es sich um den Ort handle, wo die Schuld eingeklagt werden müsse, nämlich um den gegenwärtigen Wohnsitz des Schuldners, als wo die Klage angestellt werden muß.

Die Kosten der Zahlung, d. h. alle Ausgaben für die Verwirklichung und den Beweis der Zahlung, ruhen ganz natürlich auf dem, welchem die Zahlung obliegt — auf dem Schuldner.

II. Von der Zahlung mit Eintritt in die Rechte des Gläubigers.

§. 8.

Unter Zahlung mit Subrogation ist die zu verstehen,

welche nicht durch den Schuldner, sondern durch einen Anderen geschieht, der, während er zwar die Schuld tilgt (denn darin besteht die unmittelbare und nothwendige Wirkung jeder Zahlung, so daß es ein Widerspruch wäre, von einer bezahlten und nicht getilgten Schuld zu sprechen), dennoch die dieser Schuld angehängten Garantieen fortbestehen läßt, als welche auf die neu entstehende Forderung in Folge der Geschäftsführung, zu Gunsten dessen übertragen werden, welcher gezahlt hat. Die Subrogation ist also die Setzung einer Person an die Stelle einer andern, bezüglich der Sicherheiten der Forderung, welche der letzteren zustand und von jener bezahlt wurde. Obgleich übrigens eine Subrogation der Natur der Sache nach, nur wegen dessen zulässig ist, was von Jemanden bezahlt wird, der es nicht schuldig war, so ist es doch begreiflich, daß, wo mehrere Schuldner einer und derselben Verbindlichkeit vorhanden sind, diese Subrogation allerdings zu Gunsten eines von ihnen eintreten kann; denn wenn einer der Schuldner das ganz zahlt, was er nur zu seinem Theile schuldig ist, dann ist offenbar das, was er über diesen Antheil zahlt, wirklich für einen Anderen bezahlt.

Die Subrogation kann auf einem Vertrage beruhen, oder kraft Gesetzes aus gesetzlichen Bestimmungen selbst entspringen.

§. 9.

Subrogation kraft Vertrags. Die vertragsweise Subrogation kann eintreten: 1) zwischen dem Gläubiger und einem Dritten, sogar ohne Einwilligung des Schuldners; 2) zwischen dem Schuldner und einem Dritten, sogar ohne Zustimmung des Gläubigers.

Zur Rechtsgültigkeit der durch den Gläubiger verwilligten Subrogation sind nur zwei Erfordernisse nothwendig. Das erste besteht darin, daß die Subrogation in dem Vertrage bestimmt ausgedrückt sein muß, indem das Gesetz eine stillschweigende Subrogation nicht kennt; das ist übrigens gleichgültig mit welchen Worten sie ausgedrückt wird. Das zweite besteht darin, daß die Subrogation im Augenblicke der Zahlung geschehen muß; denn wenn die Zahlung vor der Subrogation geschah, so hat sie, als eine unbedingte Zahlung, die Erlöschung der Sicherheiten wie die der Schuld selbst zur Folge, und es könnte eine Uebertragung von Sicherheiten, als welche nicht mehr bestehen, mit andern Worten, es könnte eine Subrogation nicht mehr in Frage kommen. Wenn übrigens die Subrogation auch im Augenblicke der Zahlung zu Stande kommen muß, so hindert das doch nicht, daß sie schon vor dieser Zahlung vereinbart werde, weil sie sich doch immer durch die Zahlung verwirklichen wird.

Diese zwei Voraussetzungen sind die einzigen, welche das Gesetz fordert, und es wäre offenbar willkürlich gehandelt, wenn man deren noch andere verlangen wollte, wie z. B. die Uebergabe der Rechtstitel Seitens des Gläubigers an den Subrogirten, oder die urkundliche Eröffnung der Subrogation an den Schuldner. Die Klugheit erfordert allerdings, daß der Subrogirte die Wege einschlage, die geeignet sind die Wirkungen seiner Subrogation Dritten und dem Schuldner gegenüber zu sichern; aber abgesehen davon, daß hier nicht die Gültigkeit der Subrogation in Frage kommt, so ist der Subrogirte auch nicht gezwungen zu den hier angegebenen Mitteln seine Zuflucht zu nehmen; hinreichend gesichert ist er gegen die Wirkung von Beschlagsverfügungen, die gegen den Subrogirenden erlassen werden mögen, oder eines Verkaufs, welchen der Subrogirende, unredlicher Weise mit der bezahlten Forderung vornehmen mag, durch das sichere Datum, das er seiner Subrogationsurkunde gegeben hat, mag auch die Uebergabe der Rechtsurkunde noch nicht erfolgt sein; und die Zahlung der im Wege der Subrogation bezahlten Schuld durch den Schuldner an den subrogirenden Gläubiger, könnte dem Subrogirten nicht entgegen gehalten werden, obgleich dieser Schuldner von der Subrogation nur durch einen einfachen Brief, oder eine blos mündliche Erklärung in Kenntniß gesetzt worden sein mochte, wenn solches nur durch eine Urkunde dieses Schuldners oder dessen Geständniß erwiesen ist.

Nach dem Angeführten kann offenbar ein Dritter den Gläubiger nie zwingen, ihn zu subrogiren. Er kann ihn zwar, wie wir schon gesehen haben, zwingen auch gegen seinen Willen die Zahlung anzunehmen; aber er kann ihn nicht zwingen eine Zahlung mit Subrogation anzunehmen, weil die Subrogation nur durch Vertrag, durch gegenseitige Uebereinstimmung zu Stande kommen kann.

§. 10.

Auch zur Subrogation, welche der Schuldner vornimmt, sind nur zwei Voraussetzungen erforderlich. Es muß 1) durch Notariatsurkunde richtig gestellt werden, daß dieser Schuldner von dem Dritten eine Summe zu dem Zwecke entlehnt, um seine Schuld damit zu decken; 2) eine Quittung ebenfalls in öffentlicher Form ausdrücken, die Zahlung sei wirklich mittelst der entliehenen Summen geschehen.

Ein weiteres Erforderniß ist nicht nöthig, und es ist sogar nicht erforderlich, daß der Wille zu subrogiren hierbei ausgedrückt werde; dieser Wille ergibt sich deutlich genug daraus, daß man es sich angelegen sein ließ, die vorgeschriebenen Förmlichkeiten zu erfüllen.

§. 11.

Gesetzliche Subrogation. Sie tritt ein: 1) zu Gunsten eines jeden Gläubigers, der einen anderen Gläubiger (natürlich des nemlichen Schuldners), welcher einen gesetzlichen Grund des Vorgangs vor ihm hat, bezahlt; 2) zu Gunsten eines Jeden, der eine Schuld bezahlt, an deren Deckung er ein Interesse hat, weil er zu dieser Zahlung mit Anderen oder für Andere verbunden war: die Regel findet namentlich auf einen Sammtschuldner Anwendung, welcher über seinen Antheil an der Schuld, zu welcher er mit seinen Mitschuldnern verbunden war, bezahlt hat, und auf den Inhaber einer verpfändeten Liegenschaft, der die Pfandschuld zahlt, für welche er also für einen Anderen haftete; 3) zu Gunsten des Vorsichtserben, der mit seinem Gelde die Schulden der Erbschaft bezahlt.

§. 12.

Wirkungen der Subrogation. Die vertragsmäßige wie die gesetzliche Subrogation bewirkt, daß der Subrogirte innerhalb der Grenzen seiner Forderung an die Stelle des bezahlten Gläubigers tritt, d. h. daß alle Sicherheiten, welche dem Gläubiger zustanden, auf ihn übergehen, z. B. die Sicherheit aus einer Bürgschaft, über deren Uebergang unter den ehemaligen Parlamenten Meinungsverschiedenheit herrschte. Das Gesetz macht jedoch in dieser Regel eine ebenso befremdende als unbillige Ausnahme in dem Falle, wo der Gläubiger von dem Subrogirten nur zu einem Theile der Schuld bezahlt worden ist: es erklärt, daß dieser Gläubiger mit dem Reste seiner Forderung nicht, wie es sein sollte, neben dem Subrogirten, sondern von demselben zur Zahlung kommt; so daß dieser in einem solchen Falle aus Rücksicht auf den Gläubiger, die Sicherheiten nicht geltend machen kann, welche ihm doch übertragen worden sind, sich somit in der Lage sieht, diesem Gläubiger gegenüber seine Subrogation für nicht geschehen betrachten zu müssen. Und weil der theilweise bezahlte Gläubiger dem Subrogirten gegenüber ausschließlich das Recht behält die Sicherheiten der Forderung geltend zu machen, so ist es klar, daß, wenn er seinen so übermäßig begünstigten Forderungsantheil verkauft, verschenkt, oder sonst wie überträgt, der neue Berechtigte, weil er genau den nämlichen Forderungsantheil erhält, nothwendig der gleichen Begünstigung theilhaftig wird; wenn dagegen, statt eines Uebertrags dieses Forderungsantheils, eine Zahlung desselben mit Subrogation, wie es zuvörderst bei dem ersten geschah, vorgenommen würde, dann könnte der zweite Subrogirte nicht wie ein Cessionar sagen, er habe die nemliche Forderung wie der ursprüngliche Gläubiger und es fiele die fragliche befremdende Ausnahme weg, um dem gemeinen Rechte Platz zu machen und die beiden Subrogirten würden nebeneinander die ihnen übertragenen Sicherheiten geltend machen.

Wir haben gesagt, daß die Subrogation den Subrogirten nur innerhalb der Grenzen, in welchen die neue Forderung dieses Subrogirten dessen fähig ist, an die Stelle des Gläubigers setzt und dessen Sicherheiten auf ihn überträgt. So ist es ganz klar, daß, wenn der Subrogirte gerade einer von denjenigen ist, welche für die Schuld hafteten, und welche der Gläubiger belangen konnte, die Klage dieses Subrogirten nicht gegen eben so viele Personen gerichtet werden kann, als die des ursprünglichen Gläubigers. Wenn sich ferner der Gläubiger dazu verstand, seine Zahlung anzunehmen und für eine geringere Summe als den Betrag der Schuld zu quittiren (und wenn es ausgemacht ist, daß die Betheiligten eine einfache Zahlung, welche die Schuld tilgt und nicht einen Uebertrag bewirken wollten, dessen Vortheil dem Rechtsnehmer, uneigentlich Subrogirten genannt, zu gut kommen sollte), so ist es klar, daß der Subrogirte, der demnach nur eine geringere Forderung hat, als die des Subrogirenden war, den Schuldner nur bis zu dem Betrage dieser geringeren Forderung belangen und alle Vortheile, die aus der Subrogation für ihn entspringen mögen, geltend machen kann.

Der Umfang des Rückgriffs des Subrogirten, wo dieser Subrogirte zu denen gehört, welche für die Schuld hafteten, sei es mit Anderen oder nur für Andere, scheint sich in den zwei folgenden Regeln zusammen fassen zu lassen: 1) Wenn der Subrogirte mit Anderen haftet, indem er selbst einer der Schuldner ist, so hat er zunächst keine Klage wegen des Antheils, den er selbst an der Schuld zu tragen hat; und wegen dessen, was diesen Antheil übersteigt, kann er, mag auch die Schuld eine solidarische oder unterpfändliche sein, seine Mitschuldner doch

nur wegen ihrer betreffenden Antheile belangen (um einen Kreislauf der Klagen zu verhüten), und er hätte keine Klage gegen die, welche für die Schuld nur in ihrer Eigenschaft als Bürgen, oder gleich Bürgen haften, d. h. für die Schuldner und ohne selbst Schuldner zu sein. 2) Wenn der Subrogirte nur für Andere haftet, ohne selbst Schuldner zu sein, so kann er diejenigen, welche in der gleichen Lage waren, nur für eines Jeden Antheil belangen (immer um den Kreislauf der Klagen zu vermeiden); gegen die Schuldner aber hat er das gleiche Klagrecht wie der ursprüngliche Gläubiger selbst.

III. Von der Aufrechnung der Zahlungen.

§. 13.

Wenn der Schuldner mehrerer Posten, die einen ähnlichen Gegenstand haben, eine Zahlung leistet, die auf eine wie auf die andere bezogen werden kann, aber nicht hinreicht, um sie alle zu decken, so hat er das Recht zu erklären, auf welche Schuld er seine Zahlung aufgerechnet wissen wolle.

Man hat keine zwei Schuldposten, wenn man eine Rente oder ein verzinsliches Kapital und daneben eine große Summe als Rückstände dieser Rente oder als Zinsen dieses Kapitals schuldet; das Kapital und seine Zinsen, die Rente und ihre Rückstände sind in Wahrheit nur die Gegenstände einer und derselben Verbindlichkeit. Die Regel, welche für den Fall mehrerer Schuldposten gegeben ist, findet hier also keine Anwendung; und ein Schuldner könnte ohne Einwilligung des Gläubigers seine Zahlung vor den Zinsen oder Rückständen nicht auf das Kapital aufrechnen: wo die Betheiligten hierüber Nichts bestimmen, trifft die Zahlung immer diese Zinsen oder Rückstände.

Ebenso würde es sich auch da verhalten, wo der Schuldner eine Zahlung leistet, die zu gering ist, um das Ganze an Zinsen und Kapital zu decken, und dabei erklären oder veranlassen würde, daß in der Quittung ausgedrückt wird, die Zahlung sei auf Kapital sammt Zinsen geschehen: Der Umstand, daß das Kapital hierbei vor den Zinsen genannt wird, steht dem nicht im Wege die Zahlung nur mit dem Betrage auf das Kapital aufzurechnen, der nach Tilgung aller Zinsen oder Rückstände übrig bleibt.

Wenn in einem solchen Falle einer Zahlung, die den Betrag von Zinsen oder Rückstände übersteigt, die Quittung (anstatt zu sagen, daß die Zahlung auf das Kapital, wie auf die Zinsen geleistet worden sei) darüber schweigt, was die Betheiligten zu thun beabsichtigten, muß man dann sagen, der Ueberschuß über den Zinsenbetrag müsse auf das Kapital aufgerechnet werden, oder soll man so entscheiden: dieser Ueberschuß ist als eine Zahlung zur Ungebühr zu betrachten und unterliegt der Rückforderung? .... Es ist offenbar, daß hier einfach die Absicht in Frage steht, als welche sich bei Renten, wie bei Kapitalien aus den Thatumständen ergibt: wenn es klar ist, daß der Schuldner die zu große Zahlung nur im Irrthume und während er nur die Zinsen zahlen wollte, gemacht hat, dann ist es sicher, daß eine Zahlung zur Ungebühr vorliegt, die der Rückforderung ausgesetzt ist, sowohl bei einem Kapitale als bei einer Rente; ist dagegen ersichtlich, daß die Absicht der Betheiligten darauf ging, einen Theil des Kapitals zu tilgen, dann ist es handgreiflich, daß keine Rückforderung zulässig ist, weder bei Kapitalien noch bei Renten.

Handelt es sich anstatt um Zinsen, welche ein Kapital trägt, und die mit diesem den Gegenstand einer und derselben Verbindlichkeit ausmachen, nur um Verzugszinsen, d. h. um eine Summe, die, im Falle einer nicht zinstragenden Verbindlichkeit, als Schadloshaltung für die verzögerte Erfüllung der Verbindlichkeit geschuldet wird, dann muß man auf die für den Fall mehrerer Schuldposten aufgestellte Regel greifen, und dem Schuldner steht es frei zu erklären, welche der beiden Schulden er zahlen will, weil diese Verzugszinsenschuld von der Kapitalschuld verschieden ist.

§. 14.

Wenn der Schuldner nicht selbst die Aufrechnung macht, dann kann sie der Gläubiger machen; und was der hierüber in der Quittung ausdrückt, erzeugt seine Wirkung. Diese Aufrechnung muß jedoch redlicher Weise geschehen; der Schuldner könnte sie aufheben lassen, wenn sie das Ergebniß eines Betrugs oder auch nur einer einfachen Uebereilung wäre.

Geschah eine Aufrechnung weder durch den Schuldner noch durch den Gläubiger, so wird sie durch das Gesetz selbst nach folgenden Regeln bestimmt:

Von zwei Schuldposten, deren nur einer verfallen ist, wird die Zahlung auf diesen aufgerechnet; — wenn alle Schulden verfallen sind, oder keine es ist, dann geschieht

die Aufrechnung auf die lästigste; — wenn die verschiedenen Schulden gleich lästig sind, so geschieht die Aufrechnung bei verfallenen Schulden, auf die am längsten verfallene; bei nicht verfallenen, auf die, welche zunächst am Fälligwerden ist; — sind alle Verhältnisse gleich, so wird die Zahlung auf alle Schulden verhältnißmäßig aufgerechnet.

IV. Von der Zahlung bei Weigerung des Gläubigers.

§. 15.

Wenn sich ein Gläubiger, ohne gerechten Grund, weigert, seine Zahlung anzunehmen, so kann der Schuldner trotzdem zu seiner Befreiung gelangen, und zwar durch Mittel, die verschieden sind, je nach dem die Schuld eine Geldsumme, oder ein bestimmtes Stück, oder eine unbestimmte Sache zum Gegenstande hat.

Dazu, daß der Weigerungsgrund des Gläubigers nicht gerechtfertigt erscheine, ist erforderlich, daß man ihm eine regelrechte und gültige Zahlung anbiete. Es wird also vorausgesetzt: 1) daß das Anerbieten einem Gläubiger geschehe, der fähig ist zu empfangen, oder einer Person, die Gewalt hat für ihn anzunehmen; 2) daß es von Jemanden geschehe, der fähig ist das zu zahlen, um was es sich handelt; 3) daß es die ganze zu zahlende Sache umfasse; 4) und 5) daß es nicht vor Ablauf des, zu Gunsten des Gläubigers gesetzten, Zahlungsziels geschehe, noch vor Erfüllung der Bedingung, von deren Eintritt die Existenz der Schuld abhängt.

§. 16.

Bei Geldschulden muß der Schuldner, auf die Weigerung seines Gläubigers, demselben die Summe darlegen und solche sodann hinterlegen.

Unter **Darlegung** versteht man das wirkliche und baare Anbieten der Summe. Zu ihrer Gültigkeit gehört zunächst das Dasein der fünf Erfordernisse, von denen wir unter dem vorhergehenden Paragraphen gesprochen haben; dann 6) daß sie am vertragsmäßigen Zahlungsorte geschehe, oder, wo hierüber Nichts bestimmt ist, an den Gläubiger in Person, oder an dessen wirklichem oder vertragsmäßigem Wohnsitze; 7) daß sie durch einen öffentlichen Beamten geschehe, der die Befugniß hat, Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit zu beurkunden, d. h. durch einen Notar oder einen Gerichtsboten; 8) endlich, daß das von diesem Beamten aufgenommene Protokoll die Zahl und den Werth der angebotenen Stücke bezeichne, der Antwort des Schuldners erwähne und anführe, ob er unterzeichnet, sich geweigert zu unterzeichnen, oder erklärt hat, es nicht zu können.

Nimmt der Gläubiger die Darlegung an, dann ist es klar, daß er bezahlt und Alles fertig ist, als ob die Dinge sich in gütlichem Wege ausgeglichen hätten. Weigert er sich, so muß ihn der Schuldner um zu seiner Befreiung zu gelangen, auf bestimmten Tag und Stunde an den Hinterlegungsort laden lassen, um daselbst die dargelegte Summe in Empfang zu nehmen, wenn er sich dazu entschließt, oder um deren Hinterlegung mit anzusehen, wenn er auf seiner Weigerung bestehen bleibt. Erscheint der Gläubiger am angegebenen Ort und zur angegebenen Zeit nicht, oder weigert er sich von Neuem anzunehmen, so muß sich der Schuldner der ganzen angebotenen Summe, sowie der seit dem Tage der Darlegung erwachsenen Zinsen entäußern, und das Ganze in der Hinterlegungskasse niederlegen. Endlich muß ein Protokoll, das wie jenes bei den Darlegungen durch einen Notar oder huissier aufgenommen ist, die Beschaffenheit der Stücke bezeichnen, das Ausbleiben des Gläubigers, oder seiner wiederholten Weigerung und der darauf erfolgten Hinterlegung, erwähnen; ferner, jedoch nur im Falle des Ausbleibens, muß dem Gläubiger eine Abschrift des Protokolls behändigt werden.

Die so dargelegte und hinterlegte Summe gilt in Bezug auf den Schuldner für bezahlt, als welcher somit befreit ist, jedoch unter der Voraussetzung, daß die Hinterlegung in der Folge vom Gläubiger angenommen, oder durch Urtheil für gültig erklärt wurde. So lange diese Annahme oder dieses Urtheil nicht eingetreten ist, kann der Schuldner die Summe zurückziehen, und wenn er es thut, bleibt die Schuld fortbestehen. Wie aber angenommen oder abgeurtheilt ist, wird die Erlöschung der Schuld endgültig; der Schuldner kann also die Summe nur mit Einwilligung des Gläubigers zurücknehmen, und die so bewirkte Rücknahme hat die Entstehung einer neuen Schuld zur Folge, so daß die Bürgschaften, Unterpfandsrechte oder andere Sicherheiten, welche der ersten Forderung zur Seite standen, nichts desto weniger erloschen bleiben.

Die Kosten der Darlegung und der Hinterlegung sind, wenn der Gläubiger beide geschehen läßt, diesem Gläubiger zur Last, vorausgesetzt übrigens, daß diese Darlegung und diese Hinterlegung in gültiger Weise geschehen sind.

Wenn der Gläubiger, nachdem er die Darlegung zurückgewiesen, die Hinterlegung vereitelt, indem er im Augenblicke, wo sie vor sich gehen sollte, annimmt, dann bleiben die aufgewendeten Kosten ihm ebenfalls zur Last. Wenn er aber die Darlegung in dem Augenblicke annimmt, wo sie ihm gemacht wird, so fallen deren Kosten nur in so fern auf seine Rechnung, als gütliche Anerbieten der Darlegung voran gingen und zurückgewiesen wurden; und es ist klar, daß der Schuldner diese gütlichen Anerbietungen und deren Zurückweisen darthun muß, weil der, welcher eine Behauptung aufstellt, sie zu beweisen hat; wenn aber das Anbieten bewiesen oder zugestanden ist, und der Gläubiger behauptet, es nur darum zurückgewiesen zu haben, weil es nicht gültig war, dann hat er den Beweis der Ungültigkeit zu führen.

§. 17.

Wenn die Schuld ein bestimmtes Stück zum Gegenstande hat, dann bedarf es weder einer Darlegung noch einer Hinterlegung; man muß aber unterscheiden, ob der Gläubiger den Gegenstand zu holen hat, oder ob der Schuldner verpflichtet ist, ihm solchen zu bringen.

Im ersten Falle läßt der Schuldner den Gläubiger, nachdem er den Gegenstand seiner Verbindlichkeit an den Uebergabsort verbracht, wenn er noch nicht daselbst ist, zu dessen Wegnahme gerichtlich auffordern. Diese Aufforderung, mag sie dem Gläubiger in Person, oder an dessen wirklichem oder erwähltem Wohnsitze behändigt worden sein, erzeugt für sich allein die Wirkungen, welche wir Oben aus der Darlegung und Hinterlegung entspringen sahen; so daß die Schuld unmittelbar erlöscht, unter der Voraussetzung einer nachfolgenden Annahme durch den Gläubiger, oder eines Urtheils, das die Rechtsgültigkeit der Aufforderung ausspricht. Wenn übrigens bei dem Schuldner das Bedürfniß eintritt, den Ort zu räumen, welchen der Gegenstand der Schuld einnimmt, so kann er sich durch ein Urtheil ermächtigen lassen, denselben an einem bestimmten anderen Orte, den das Gericht bezeichnet, niederzulegen. Es versteht sich von selbst, daß die Kosten der Aufforderung und die der Niederlegung, von der wir eben gesprochen, wenn sie stattfindet, dem Gläubiger zur Last fallen; so oft nachgewiesen wird, daß dieser Gläubiger sich unbefugter Weise geweigert habe, sich den Gegenstand ausfolgen zu lassen.

Wenn der Schuldner verbunden ist, seinem Gläubiger die Sache zu bringen, so genügt es bei der Verweigerung der Annahme Seitens des Gläubigers, sie sofort an einem möglichst nahen Orte niederzulegen, und dann den Gläubiger aufzufordern, sie allda in Empfang zu nehmen. Der Schuldner wird durch diese Aufforderung befreit, immer aber unter der Voraussetzung einer nachfolgenden Annahme durch den Gläubiger, oder eines Urtheils, das die Rechtsgültigkeit des Geschehenen ausspricht. Es ist offenbar, daß auch hier die Weigerung des Gläubigers, ihm alle die durch diese Weigerung veranlaßten Kosten zur Last legt.

§. 18.

Bei Schulden, die unbestimmte Sachen zum Gegenstande haben, befolgt man alle Regeln, welche so eben bei Schulden, deren Gegenstand in bestimmten Stücken besteht, angegeben wurden, unter anderen aus dem Grunde, weil die Wahl der zu liefernden Sache, welche der Schuldner getroffen, und die individuelle Bezeichnung derselben, die er in der Aufforderung des Gläubigers machen mußte, diese Sache zu einem bestimmten Stück machen.

Wenn die Wahl und damit das Bestimmen der unbestimmten Sache dem Gläubiger zustand, dann muß der einzuschlagende Weg nothwendiger Weise etwas verschieden sein. Der Schuldner muß auf die erste Weigerung des Gläubigers diesen auffordern lassen den Gegenstand zu wählen und wegzunehmen; und auf die wiederholte Weigerung, diesem Ansinnen zu entsprechen, kann er ein Urtheil veranlassen, welches ausspricht, daß wenn der Gläubiger seine Wahl innerhalb der und der Zeit nicht trifft, diese Wahl durch einen bestimmten Dritten getroffen und die so gewählte Sache an dem und dem Orte niedergelegt werden solle.

Adrian Pfaff.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 17.

I.

1) Genießen die Begräbnißkosten, und die Kosten der letzten Krankheit eines der Angehörigen des Gemeindeschuldners, für deren Unterhalt er zu sorgen verpflichtet ist, das Vorzugsrecht des L.R.S. 2101 in der Gant des Zahlungspflichtigen?

2) Tritt derjenige, welcher den Forderungsberechtigten bezahlt hat, schon durch die Zahlung und ohne weiteren Rechtsgrund in die Vorzugsrechte desselben ein, und zwar sowohl hinsichtlich

a) der Begräbnißkosten? wie

b) der Kosten der letzten Krankheit?

In der Gant des Aktuar Gscheider in Bruchsal meldete der praktische Arzt Großmann folgende Forderungen mit Vorzugsrecht in erster Klasse nach Satz 2101 des L.R. an:

1) ärztliche Deserviten für Behandlung der Ehefrau des Gantmannes in ihrer letzten Krankheit 63 fl.

2) Auslagen für ein Kind des Gantmannes, dessen Geburt die Veranlassung des Todes seiner Mutter war, und welches nach deren Hinscheiden der Liquidant zu sich genommen hatte:

a) an den Apotheker für Arzneimittel	5 fl. 48 kr.
b) an die Hebamme für Pflege	10 fl. 48 kr.
c) dem Todtengräber	30 kr.
d) dem Leichenschauer	30 kr.
e) dem Schreiner für den Sarg und das Kreuz	2 fl. 30 kr.
f) dem Pfarrer	1 fl.
g) dem Lehrer	30 kr.
	21 fl. 36 kr.

Die Forderungen selbst wurden zugegeben, das Vorzugsrecht aber bestritten, worauf der Gantrichter die Forderung in die 5. Klasse setzte. Dagegen appellirte Großmann an das mittelrheinische Hofgericht, und erwirkte ein theilweise abänderndes Urtheil dahin:

> daß die Deservitenforderung des Appellanten und die Auslagen: Ersatzforderung für Todtengräber, Leichenschauer, Pfarrer und Schreiner, diese als Begräbnißkosten, jene als Kosten der letzten Krankheit von der 5. in die 1. Ordnung zu setzen, die weiteren Auslagen an den Apotheker und die Hebamme aber in der fünften Klasse zu belassen seien.

Die Gründe, auf welche dieses Urtheil gestützt wird, sind: „— — Zunächst kommt in Betracht, daß schon nach L.R.S. 214 der Ehemann schuldig ist, seiner Ehefrau Alles, was zum Lebensunterhalte erforderlich ist, nach seinem Stand und Vermögen zu reichen; eine natürliche und schon gesetzlich bestimmte Verbindlichkeit, welche schon aus der Thatsache des ehelichen Bandes folgt, und es nothwendig mit sich bringt, daß der Mann insbesondere auch die Kosten der Krankheit seiner Ehefrau, mag er von ihr Vermögen in die Gemeinschaft erhalten, oder Nutznießungsrechte erworben haben, oder nicht, bezahle, auch keine engeren Grenzen hat, als diejenigen, welche sich der von einer Krankheit befallene Mann selbst, nach seinen Verhältnissen ziehen würde. Da derartige Ausgaben für die Erhaltung der Gesundheit und des Lebens eines Menschen bestimmt, zu den dringendsten und unentbehrlichsten gehören, so hat auch das Gesetz die ihnen entsprechende Ausstände besonders bevorzugt, zumal es nicht in der freien Wahl der Forderungsberechtigten liegt, sie durch Ablehnung ihrer Dienste und Lieferungen zu vermeiden, und sich damit vor Schaden zu wahren. Würde nun den Kosten, welche sich auf eine Krankheit von Familienangehörigen eines Schuldners beziehen, jener Schutz

entzogen, so hätte dieß die Vereitlung jener Absicht des Gesetzes zu Folge, und befände sich der Gantmann selbst in einer weit besseren Lage als seine Schutzbefohlenen, gegen welche er gleiche Verpflichtungen, wie gegen sich zu erfüllen hat; abgesehen von den weiteren in der Gesetzgebungspolitik begründeten Bedenken, welche die entgegengesetzte, einschränkende Auslegung des Gesetzes mit sich führen würde. Ueberdieß ist auch in dessen Wortlaut ein solcher Unterschied nicht gemacht, deßhalb auch nicht Sache des Richters ihn eintreten zu lassen; vielmehr ergibt sich aus der Reihenfolge der einzelnen in L.R.S. 2101 aufgezählten Vorzugsrechte, daß dabei lediglich die Dringlichkeit und Wichtigkeit der Forderungen, beziehungsweise Schulden in billiger Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der Gläubiger entscheidet, und wird bei den Ziffern 4 und 5 genannter Forderungen, welchen minder wichtige Mittel, als die Erhaltung von Leben und Gesundheit, zur Erreichung des Familienzweckes zu Grunde liegen, die Leistung von Diensten, beziehungsweise die Lieferung für Bedürfnisse von Familienangehörigen eines Gemeinschuldners in gleicher Weise begünstigt, wie für letzteren allein geschehen. Daß dieß nicht auch für Ziff. 2 und 3 eintrete, dafür ist kein genügender Grund vorhanden, vielmehr ist das Gegentheil nach den allgemeinen Grundsätzen selbstverständlich." — — „Allein nicht nur den Kosten der letzten Krankheit, sondern auch diejenigen der Beerdigung der Kinder und Angehörigen eines verganteten Familienvaters kömmt das Vorzugsrecht des L.R.S. 2101 zu, wie schon die Quelle des heutigen Rechts in l. 17 Dig. de reb. auct. jud. post. 42, 5. vrgl. mit l. 9, 12. §. 5. 16. 17. 21. 26. 31. 43. 45 Dig. de relig. 11. 7 anerkennt, und sich aus den Hauptpflichten jenes Schuldners wohl erklären läßt. Auch findet dieser Grundsatz in vorliegendem Falle um so unbedenklicher seine Anwendung, als das verstorbene Kind des Gantmanns noch unmündig war, und nach Ableben seiner Mutter dieser nachfolgte, weßhalb dem überlebenden Vater nach L.R.S 385 die Beerdigungskosten unbedingt zur Last fallen." — —

„Wenn nun der Anmelder für die Auslagen, die er wegen Kosten der Beerdigung und letzten Krankheit des Kindes gemacht hat, auch dasselbe Vorzugsrecht, welches den Forderungsberechtigten selbst zugestanden wäre, beansprucht, so kömmt in Betracht, daß ihm dies bezüglich der Ersteren aus einem doppelten Grunde zusteht, indem dieses Vorzugsrecht nicht nur der Person, welche für Leistung einer hierauf bezüglichen Lieferung oder eines Dienstes eine Forderung betreiben kann, also namentlich dem Todtengräber selbst, sondern der Sache, folglich Jedem verliehen ist, welcher ohne besondere eigene Haftbarkeit das Begräbniß anordnete, oder dessen Kosten bestritt, wie aus der ganzen Entstehung dieser gesetzlichen Bestimmung unzweifelhaft hervorgeht. Sodann ist der Anmelder aber auch nach L.R.S. 1251 Z. 1 in die Rechte derjenigen vorzüglicheren Gläubiger eingetreten, die er befriedigt hat, denn er selbst war Gläubiger der Gantmasse. Das gleiche Recht kann er für die Auslagen an den Apotheker und die Hebamme, welche kein stärkeres Vorzugsrecht als Ziff. 3 haben, keineswegs geltend machen, indem es nicht wie bei Ziffer 2 auch der Sache selbst, sondern nur den Forderungsberechtigten zusteht, und weil hier abweichend von den Grundsätzen des gemeinen Rechts in l. 1. 5 Cod. qui poti. in pign. 8. 15 und von dem französischen Gerichtsgebrauche ohne eine unstatthafte ausdehnende Auslegung des Gesetzes in dessen Wortlaut in L.R.S. 1251 Ziff. 1 entschieden dagegen spricht, auch der innere Grund, nämlich die dringende Nothwendigkeit augenblicklicher Zahlung von Beerdigungskosten, nicht in dem Grade vorhanden ist, um dem die Zahlung besorgenden Dritten die Beobachtung des L.R.S. 1250 Ziff. 1 unthunlich zu machen."

Bemerkungen des Einsenders.

1.

Das Erkenntniß des mittelrheinischen Hofgerichtes, insoweit es die Kosten des Begräbnisses und der letzten Krankheit nicht allein des Gantmanns, sondern auch derer, für welche er zu sorgen hat, mit dem Vorzugsrechte des L.R.S. 2101 Ziff. 2 und 3 bekleidet, muß gewiß billig, und von dem Standpunkte des Gesetzgebers aus, auch politisch genannt werden.

Dieselbe Ansicht hat auch ausgesprochen

Brauer, Erläut. IV. Seite 124. 126.

und insoweit die Kosten der letzten Krankheit der Ehefrau oder eines der Kinder des Gantmanns in Betracht kommen, auch

Toullier, X. No. 55 und insbesondere Note hiezu S. 246.

Dagegen sagt ausdrücklich

Zachariä II. Bd. §. 260:

„Die Kosten für das Begräbniß der Kinder und An-

gehörigen des Gemeinschuldners, haben kein Vorzugsrecht." und

Stabel in seiner Erläuterung des Pfandrechtes S. 31:

„Die Trauerkosten, Trauerkleider u. s. w. sind nicht darunter begriffen, und ebensowenig die Begräbnißkosten seiner Angehörigen."

Beide Rechtslehrer sprechen sich darüber nicht aus, ob auch die Kosten der letzten Krankheit eines der Angehörigen das Vorzugsrecht des Satzes 2101 genießen. Es scheint aber, daß sie eine solche Auslegung nicht annehmen, denn obschon es im Texte heißt: „Alle und jede Kosten der letzten Krankheit (les frais de la dernière maladie), so sprechen beide nur von der Krankheit, welche den Gemeinschuldner befallen hat.

In gleicher Weise, wie Zachariä und Stabel spricht sich Persil aus zu Art. 2101 §. 2 No. 3.

Und was sollen die Gründe dieser Rechtslehrer, welche gewiß eine Autorität genannt werden dürfen, sein? Sie haben uns darüber keine Aufklärung gegeben.

Prüfen wir die Gründe derer, welche das Vorzugsrecht auch den Kosten, welche durch das Begräbniß oder den Tod der Angehörigen des Gantmannes entstanden sind, beilegen. Es werden sich daran die Gegengründe von selbst anreihen.

Es kann nicht bezweifelt werden, daß der Ehmann nach L.R.S. 214 für seine Ehefrau zu sorgen hat, und daß nach S. 385 die Bezahlung der Krankheits- und Begräbnißkosten auf der älterlichen Nutznießung an dem Vermögen der Kinder lastet. Daraus scheint mir jedoch gar nichts für die Entscheidung unserer Frage zu folgen.

Trennen wir das Vorzugsrecht in 2101, 2 und in 2101, 3.

a) Zu Satz 2101, 2:

L.R.S. 214 bezieht sich ohne allen Zweifel nur auf die Verpflichtungen des Mannes gegen seine lebende Ehefrau. Ist sie todt, so ist sie nicht mehr die Ehegattin. Denn die Ehe wird durch den Tod des Ehegatten aufgelöst, L.RS. 227, 1; und ebenso die Gütergemeinschaft, L.R.S. 1441, 1. Die Kosten, welche durch das Begräbniß ihres Leichnames hervorgerufen werden, sind zwar unabänderlich nothwendige Kosten. Die Bestreitung ruht aber offenbar auf ihrem Nachlaß, und nicht auf dem Vermögen des Mannes, ja nicht einmal auf der Gemeinschaft, sonst wären sie sicher unter den im L.R.S. 1409 u. fo. verzeichneten Schulden, welche aus der Gütergemeinschaft zu bezahlen sind, aufgeführt. (Siehe auch Toullier Note zu No. 55 t. X. S. 246. — Zachariä III. §. 508: „Es haftet daher die Gemeinschaft nicht für die Kosten des Begräbnisses des einen oder des anderen Ehegatten.") Die Gläubiger der Begräbnißkosten haben sich daher an die Erben des Nachlasses zu wenden. Ist dieser unzureichend, wird dieser vergantet, dann liegt der Fall des L.R.S. 2101, 2 unmittelbar vor, und bedarf keiner ausdehnenden Anwendung des Satzes. Ist aber dieser Nachlaß zureichend, warum sollen die Gläubiger des vergantetten Ehemannes außer ihrem Verluste auch noch die Schulden des Nachlasses der Ehefrau auf sich nehmen?

Aus Satz 385 Ziff 4 läßt sich vor Allem folgern, daß so lange die Kinder eigenes Vermögen haben, die Verpflichtung der Eltern zur Zahlung der Kosten des Begräbnisses (und der letzten Krankheit) nur eine subsidiäre ist, und unter dieser Voraussetzung eine Verpflichtung des — vergantetten — Vaters eine solche Schuld zu zahlen, gar nicht existirt, geschweige denn, daß die entsprechende Forderung mit einem Vorzugsrechte bekleidet wäre. Sodann mag aus der Zusammenstellung der Verpflichtung des Nutznießers zur Zahlung der Krankheits- und Begräbnißkosten mit der Verpflichtung zur Ernährung, Pflege und Erziehung der Kinder (§. 385 Ziff. 2) allerdings mit Recht gefolgert werden, daß unter den aus dem Abschluß der Ehe hervorgehenden Verbindlichkeiten der Eltern gegen ihre Kinder: „zu ernähren, zu verpflegen, zu erziehen" auch die Sorge für die Verpflegung in der letzten Krankheit, und für ein Begräbniß selbst dann zu begreifen ist, wenn die Kinder noch kein Vermögen haben. Aus diesen Verpflichtungen der Eltern entstehen für sie nothwendige Ausgaben in jeder der drei Richtungen: Erziehung (Unterricht), Verpflegung (Arzt, Apotheker 2c.), Ernährung (Lebensmittel).

Wenn der Gesetzgeber nur eine Art dieser Ausgaben in der Weise begünstigt, daß er ausdrücklich die dadurch entstandenen Forderungen nicht nur dann mit einem Vorzugsrechte schützt, wenn sie für den Gantmann, sondern auch alsdann, wenn sie für seine Angehörige gemacht worden sind, ist es alsdann den Regeln der Auslegungskunst entsprechend, dieses Vorzugsrecht auch jenen Forderungen zuzugestehen, bei deren Erwähnung in demselben Satze der Gesetzgeber der Angehörigen des Gantmannes nicht gedacht hat? Ich glaube daß dies entschieden verneint werden muß.

Man hat zwar für die Begräbnißkosten die Dringlichkeit derselben als Gesetzesgrund angeführt, warum die daraus entstehende Forderung mit dem Vorzugsrechte bekleidet worden sei, und hat deducirt, daß die Dringlichkeit gleich groß sei, ob der Familienvater oder eines der Angehörigen sterbe. Allein dieß scheint mir unrichtig zu sein. Stirbt das Haupt der Familie, so ist die Familie verwaiset, und es ist in der Regel Niemand da, der für das Begräbniß eines Armen sorgt, wenn die Personen, welche die dazu nöthigen Dienste und Lieferungen beschaffen, nicht durch ein Vorzugsrecht geschützt werden. Anderst, wenn ein Familienglied eines Armen stirbt; hier kann das Haupt desselben die nöthigen Schritte, daß die Beerdigung stattfinde, thun; und gerade, weil die Nothwendigkeit des Begräbnisses auch ihre polizeiliche Seite hat, werden diese Schritte um so gewisser zum Ziele führen.

b) Zu Satz 2101 Z. 3:

Mit vielmehr Grund, als bei den Begräbnißkosten, könnte man den Kosten der letzten Krankheit eines Angehörigen des Gantmannes das Vorzugsrecht zugestehen, denn diese Ausgaben haben mit jenen für Lebensbedürfnisse eine ungleich größere Aehnlichkeit.

Beide entspringen aus den Verpflichtungen der Eheleute gegen einander, und denen der Aeltern gegen ihre Kinder, L.R.S. 212. 214. 203; die daraus entstehenden Schulden sind Schulden der Gemeinschaft, L.R.S. 1409 Ziff. 5. Allein der Satz, wo das Gesetz nicht unterscheidet, darf der Richter nicht unterscheiden, muß hier umgekehrt zur Anwendung kommen. Wo der Gesetzgeber in einer und derselben Gesetzesstelle eine Unterscheidung trifft, da ist es dem Richter nicht gestattet, diese Unterscheidung als einen Fehler des Gesetzgebers zu umgehen. Es liegen aber auch hier Gründe vor, welche das Gesetz, so wie es ist, rechtfertigen. Lebensbedürfnisse sind unabänderlich nothwendig. Hierin muß die ganze Familie geschützt sein. Daher der Satz 2101 Ziff. 5. Insoweit nun die Krankenpflege auch in Verabreichung von Lebensbedürfnissen besteht, ist sie durch diesen Satz geschützt.

Ist der Familienvater selbst krank, dann muß vor Allem das Gesetz darauf bedacht sein, ihn zu schützen, weil von seiner Erhaltung die wichtigsten Interessen der ganzen Familie abhängen. Ist aber eines seiner Angehörigen krank, dann kann das Gesetz die Sorge dafür dem Familienvater überlassen.

2.

Mit Toullier gibt das mittelrheinische Hofgericht demjenigen, der unter der Form einer Auslage (nicht um zu schenken, sondern Darlehensweise) die Begräbnißkosten, seie es für den Gantmann oder eines seiner Angehörigen bezahlt hat, das Vorzugsrecht aus L.R.S. 2101 Ziff. 2, wie das Gesetz es dem Gläubiger selbst gibt, welcher zu diesem Zwecke Lieferungen oder Dienste geleistet hat. Es*) verweigert aber das Vorzugsrecht des L.R.S. 2101 Ziff. 3 demjenigen, welcher in der Hoffnung auf Wiederersatz die Kosten der letzten Krankheit des Gemeinschuldners oder eines seiner Angehörigen gezahlt hat. Viel consequenter scheint es mir zu sein, wenn Troplong **), welcher ebenfalls einem solchen Darleiher das Vorzugsrecht des Art. 2101 Ziff. 2 gibt, ihm, da die Gründe dieselben seien, auch das des Art. 2101 Ziff. 3 verleiht. Denn der Grund, daß das Vorzugsrecht des Art. 2101 Ziff. 2 nur der Sache (der Art der Forderung), nicht aber der Person verliehen sei, läßt sich wenigstens aus den Worten des Gesetzes nicht rechtfertigen. Die dort unter Ziff. 1. 2. 3 bevorzugten Kosten sind jedenfalls in ganz gleicher Weise, ohne eine Rücksicht auf die Person des Gläubigers ge-

---

*) Toullier t. X. No. 56 S. 246 gibt nur demjenigen das Vorzugsrecht des Satzes 2101 Ziff. 3, welcher Apothekerwaaren gekauft und bezahlt, nicht aber dem, der den Arzt bezahlt hat, indem er Letzteres im Vertrauen auf den Wiederersatz durch den Familienvater, Ersteres im Drange der Umstände gethan habe. Die Verleihung des Vorzugsrechtes des Art. 2101 Ziff. 2 an den dritten Zahler der Begräbnißkosten begründet Toullier t. X. No. 55 S. 243 also; Mais le privilége existe aussi en leur faveur, comme en faveur de ceux, qui ont prêté leur office à l'inhumation, et qui n'en ont point été payés; il y a ici subrogation de droit. S'il n'en était ainsi, beaucoup de personnes se refuseraient à faire l'avance de menus frais, dont on ne peut pas toujours retirer la quittance dans les moments aussi préssés, et les inhumations seraient entravées à chaque instant. —

Auch Zachariä II. Bd. §. 260 Note 4 sagt bezüglich der Begräbnißkosten: „Wer diese Kosten vorgelegt hat, wird ipso jure in dies Vorrecht eintreten, denn das Vorrecht ist nicht einer bestimmten Person ertheilt." Auffallend ist, daß Zachariä zu No. 3 des Art. 2101 den gleichen Ausspruch nicht wiederholt. Denn wenn das Gesetz sagt: „Alle und jede Kosten der letzten Krankheit," so will es gewiß damit ausdrücken, daß hier Forderungen der verschiedensten Art geschützt sein sollen, und somit auch Gläubiger der verschiedensten Art auftreten dürfen, und hier kann man doch gewiß nicht sagen, daß das Vorrecht einer bestimmten Person ertheilt sei. — Dieser meiner Ansicht stimmt Persil (zu Art. 2101) bei. D. E.

**) Troplong des hypothèques und privilèges t. I. No. 136 bis S. 138, No. 141 bis S. 185.

D. E.

nannt. Wenn es sich nun auch nicht verkennen läßt, daß die Beerdigung Verstorbener ein Gegenstand ebensowohl des öffentlichen Wohls, als der Pietät der Hinterbliebenen ist, während die Erhaltung eines Erkrankten vielmehr nur den Gegenstand der Sorge seiner Familie bildet, so geht daraus doch nicht hervor, daß das Vorzugsrecht für die Kosten des einen Bedürfnisses anders wirken solle, wie das für die Kosten des anderen.

Der Eintritt in die Rechte eines Andern kraft Gesetzes, gleichwie Vorzugsrechte sind ausnahmsweise Rechtswohlthaten. Wo das Gesetz keinen Anhaltspunkt an die Hand gibt, dürfen sie daher nicht ausgedehnt werden. Das Gesetz gibt aber in L.R.S. 1251 keinerlei Anhaltspunkt, daß derjenige, welcher eine mit einem Vorzugsrechte geschützte Forderung tilgt, ohne selbst Gläubiger zu sein, in die Rechte dieses Gläubigers *ipso jure* eintrete; und, so ist es daher, wie mir es scheint, auch nicht gerechtfertigt, aus Billigkeits- oder Zweckmäßigkeitsgründen Jemanden den Eintritt in die Vorzugsrechte eines Andern zu bewilligen, den ihm das Gesetz nicht **ausdrücklich** gewährt hat.

Ottendorf.

II.

Fälschung mit Mißbrauch des amtlichen Beurkundungsrechts. Bestechung. Dienstentsetzung.

§. 657. 658. 662. 663. 677. 704 des Str.G.B.

Bürgermeister **Fuchs** von Z. war beschuldiget:

1) daß er von dem Bezirksamte Stockach zur Vornahme eines Kassensturzes bei dem Gemeinderechner wiederholt aufgefordert, im Dezember 1854 dem Rathschreiber ein Protokoll über einen angeblich von dem Bürgermeister unter Zuzug des Gemeinderathes Johann Renner bei dem Gemeinderechner unterm 31. October 1853 vorgenommen, in der That aber gar nie stattgehabten Kassensturz mit dem eben bezeichneten Datum, sodann einen Anzeigebericht hierüber an das Amt vom 5. Januar 1855 diktirt, und daß der Bürgermeister das Protokoll und den Bericht unterschrieben, der Rathschreiber beide vidimirt, und letzterer den Bericht an das Amt eingeschickt, das Protokoll aber einstweilen in Aufbewahrung genommen habe;

2) daß er einen im Jahre 1854 im Schulhause zu Zizenhausen abgebrochenen alten Ofen, anstatt solchen einer öffentlichen Steigerung auszusetzen, bei der zur Versteigerung der Fahrnisse des nach Amerika entwichenen J. Rep. Müller anberaumt gewesenen Tagfahrt in seinen Besitz genommen und in einem ihm gehörigen Hause zu Zizenhausen verwendet habe, indem er dem Polizeidiener Feger erklärt hatte, denselben bezahlen zu wollen, und daß er erst beim Beginne der dienstpolizeilichen Untersuchung dem Polizeidiener ein auf den 30. October 1854 zurückdatirtes Protokoll über die Steigerung des Ofens durch ihn um 48 kr. diktirt habe;

3) daß er in vielen Fällen von jungen Bürgern oder ihren Angehörigen, welche ihre Heirathserlaubniß oder bürgerliche Aufnahme in die Gemeinde betrieben, wegen seiner deßfalls vorzunehmenden Amtshandlungen Geldgeschenke angenommen habe.

Von dem Hofgericht des Seekreises wurde Bügermeister Fuchs der Fälschung mit Mißbrauch des amtlichen Beurkundungsrechts und der Bestechung für schuldig erklärt und deßhalb zu einer Gefängnißstrafe, sowie zur Herausgabe der erhaltenen Geschenke verfällt.

Das großh. Oberhofgericht änderte am 21. Januar d. J. dieses Urtheil dahin ab, daß Bürgermeister Fuchs von der Anschuldigung der Fälschung mit Mißbrauch des amtlichen Beurkundungsrechts freizusprechen, dagegen der Bestechung für schuldig zu erklären und deßhalb zur Erlegung einer Geldstrafe von 50 fl. zur Herausgabe der bezogenen Geschenke und zur Dienstentlassung zu verurtheilen sei.

Entscheidungsgründe.

Das Verbrechen der Fälschung mit Mißbrauch des amtlichen Beurkundungsrechts (§. 677 des St.G.B.) dessen der Rekurrent beschuldigt wurde, setzt voraus, daß die von ihm gefertigten Urkunden mit unwahrem Inhalte **öffentliche** seien; ein Erforderniß, an welchem es ebensowohl bei dem Kassesturzprotokoll vom 31. Oktober 1853 als dem Versteigerungsprotokoll vom 30. Oktober 1854 gebricht; weßhalb diese Anschuldigung nicht der gerichtlichen Aburtheilung anheimfällt, sondern der Ahndung durch die vorgesetzte Dienstbehörde zu überlassen ist.

Das Verhältniß des Bürgermeisters zu dem Gemein-

rechner, insbesondere was das Recht und die Pflicht zur Beaufsichtigung der Gemeindekasse und die Vornahme eines Kassensturzes betrifft, ist nemlich eben so, wie bei der Verwerthung einer der Gemeinde zugehörigen Sache, das eines Vertreters des Geschäftsherrn.

Da wie dort handelt er in dieser Eigenschaft, und in dem Privatinteresse der Gemeinde; und es können daher die über beiderlei Geschäfte von ihm aufgenommenen Urkunden auf den Charakter öffentlicher Urkunden keinen Anspruch machen, weil in seinen eigenen Angelegenheiten Niemanden das öffentliche Beurkundungsrecht zusteht. Dadurch aber, daß derlei Protokolle zugleich gegenüber der Dienstbehörde des Bürgermeisters als Ausweis über den Vollzug der ihm obliegenden Dienstpflichten dienen sollen, und im vorliegenden Falle insbesondere das Kassensturzprotokoll lediglich zu diesem Zwecke angefertigt wurde, wird deren Eigenschaft um so weniger verändert, als es sich dabei um das rein persönliche Verhältniß des Bürgermeisters handelt. *)

Vrgl. arg. §. 676 St.G.B.

Dagegen hat sich der Rekurrent des Verbrechens der Bestechung unzweifelhaft schuldig gemacht.

Zunächst mußte man sich von der Wahrheit der behaupteten Geschenknahme wegen vorzunehmender Amtshandlungen, resp. wegen deren Beförderungen, aus der nach ihrer innern Beschaffenheit und wegen des Zusammentreffens mehrfacher gleicher Fälle höchst glaubwürdigen Angaben der Geschenkgeber, von denen jene des Sebastian Städele noch durch die Aussage der Braumeister Kaiser'schen Ehefrau unterstützt ist, in Verbindung mit dem üblen Leumund, wie er sich aus verschiedenen früheren Untersuchungsakten und dem pfarramtlichen Zeugnisse darstellt, mit dem großh. Hofgerichte für überzeugt halten.

Eine Vergleichung der §§. 657 und 658 des St.G.B. zeigt nun, daß die Bürgermeister nicht zu den im letztern Paragraphen genannten niedern Diener gehören, weßhalb auf sie der §. 662 und nicht der §. 663 St.G.B. Anwendung findet. Nur in Fällen der letzten Art wird erfordert, daß die Möglichkeit der Begünstigung sich gerade auf diejenige Amtshandlung beziehen muß, wegen deren Vornahme oder Unterlassung ein Geschenk angenommen wird; in jenem des §. 662 genügt es, wegen des für den öffentlichen Dienst zu besorgenden viel größern Nachtheils daran, daß der öffentliche Diener bei seinen Amtshandlungen überhaupt, bei welcher Gelegenheit oder zu welcher Zeit es sei, Jemanden zum Nachtheil eines Anderen oder des Staats begünstigen kann. Daß aber die dienstliche Stellung eines Bürgermeisters dazu vielfache Gelegenheiten darbietet, bedarf keines besonderen Nachweises.

Nach §. 662 war deßhalb eine Geld- oder Kreisgefängnißstrafe zu erkennen. Die Wahl der ersten Strafgattung und die Bestimmung der Größe der Geldstrafe beruht auf der Betrachtung, daß die Dienstsphäre des Rekurrenten nicht zu den höhern ihrer Cathegorie zählt, der Werth des Geschenkten nicht bedeutend ist, dagegen mehrfache Uebertretungen vorliegen.

Ferner war die eben dort angedrohte Dienstentlassung und nicht nach §. 704 die stellvertretende Strafe des §. 169 des St.G.B. auszusprechen, weil das Amt eines Bürgermeisters kein beliebig aufkündbares, oder auf ein einzelnes vorübergehendes Geschäft gerichtetes, sondern ein, wenn auch auf eine bestimmte Zeit beschränktes, doch für ebensolange ständiges Amt ist. (Eine gegentheilige Ansicht über die Auslegung des §. 704 hat großh. Oberhofgericht in dem in den Annalen XXII. *) mitgetheilten Falle ausgesprochen.)

Haager.

III.

Schenkungen an Minderjährige können von deren Eltern oder Großeltern, auch ohne Ermächtigung des Familienraths (Waisengerichts) und ohne Genehmigung der Obervormundschaftsbehörde gültig angenommen worden.

Brauer, Erläuterungen I. 325.
Zachariä, (4. Aufl.) IV. §. 656. S. 198.
Annalen XXII. 193.

Am 25. Juni 1851 schenkte die J. Huber'sche Wittwe der minderjährigen Catharina Baas, Tochter der Georg Baas'schen Eheleute zu Legelshurst 8 Grund-

*) Vergl. Annalen XXII. S. 85. 271. D. R.

*) An welcher Stelle? D. R.

stücke, woran die Eltern bis zu einem gewissen Zeitpunkte die Nutznießung haben sollten.

In der hierüber aufgenommenen Notariatsurkunde heißt es unter anderem:

„Der Vater des beschenkten Kindes, Georg Baas I, als gesetzlicher Vormund desselben nimmt in dessen Namen die Schenkung dankbar an, wie er auch in eigenem Namen mit seiner Frau, Catharina geb. Baas, die ihnen zugedachte Nutznießung dankbar annimmt rc."

Diese Annahme nun soll nicht in gesetzlicher Weise geschehen und deßhalb die Schenkung nach L.R.S. 932 für die Schenkgeberin unverbindlich sein, weil zufolge L.R.S. 463 und 935 vergl. mit den §§. 5 und 19 des II. Einf.Ed. von 1809 Schenkungen an Minderjährige von deren Eltern nur mit Zustimmung des Familienraths und der Obervormundschaftsbehörde angenommen werden könnten, woran es hier fehle.

Hierauf gestützt begehrte die Schenkgeberin mittelst Klage vom 19. Oktober 1854, daß die Schenkung für nichtig erklärt werde.

Beklagterseits wurde dagegen eingewendet: daß die Annahme der Schenkung durch den Vater gültig geschehen, und daß die obervormundschaftliche Ermächtigung dazu am 9. Februar 1854, so wie später noch die Zustimmung des Familienraths nachgefolgt sei. Wäre aber auch die Ermächtigung nicht ertheilt worden, so stünde doch nach L.R.S. 1125 keinenfalls der Klägerin das Recht zu, die Schenkung anzufechten.

Aus der in Folge amtlicher Auflage nach dem Antrag der Klägerin von dem großh. Amtsrevisorat erhobenen Originalurkunde ergibt sich, daß die obervormundschaftliche Ermächtigung am 9. Febr. 1854 ertheilt, die Zustimmung des Familienraths, beziehungsweise Waisengerichts, aber erst am 21. Novbr. 1854, und mithin nach Einkunft der Klage, eingeholt wurde.

Die Klägerin erklärte jedoch diese Ermächtigung für ungültig, weil solche vor eingeholtem Gutachten des Familienraths und Waisengerichts auf den Bericht des Amtsrevisorats ertheilt worden sei.

In erster und zweiter Instanz unterlag die Klägerin aus dem Grunde, weil es bei der durch den Vater bewirkten Annahme der Schenkung einer obervormundschaftlichen Ermächtigung des Vormunds gar nicht bedürfe.

Auf die von der Klägerin ergriffene Oberberufung erfolgte ein bestätigendes Erkenntniß.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die Beschwerden der Klägerin sind völlig unbegründet. Ein Minderjähriger steht entweder unter Vormundschaft oder unter elterlicher Gewalt. Schenkungen an einen Minderjährigen der ersten Art können nur mit obrigkeitlicher Ermächtigung, welche nach Vernehmung gewisser vom Gesetz benannter Personen zu ertheilen ist, durch den Vormund angenommen werden. L.R.S. 463. II. Einf.Ed. §. 5 und 19 Absatz a.

Wo hingegen die Eltern oder Großeltern eines Minderjährigen noch leben, da können diese eine demselben gemachte Schenkung annehmen, ohne einer Zustimmung oder Ermächtigung von anderer Seite zu bedürfen. L.R.S. 935.

In dem vorliegenden Falle hat nun für die minderjährige Catharina Baas, deren beide Eltern noch am Leben sind, der Vater Gg. Baas die ihr von der Klägerin am 25. Juni 1851 gemachte Schenkung ausdrücklich angenommen und dadurch dem L.R.S. 932 vollständig genügt.

Der Umstand, daß Gg. Baas in der Urkunde uneigentlich als gesetzlicher Vormund des beschenkten Kindes bezeichnet wird, kann nicht die Folge haben, daß alle diejenigen Förmlichkeiten beobachtet werden müßten, deren Befolgung für die Annahme von Schenkungen an Minderjährige, welche wirklich unter Vormundschaft stehen, gesetzlich vorgeschrieben ist.

Die elterliche Vormundschaft tritt erst durch den Tod des einen Ehegatten in Wirksamkeit. L.R.S. 390.

Darum würde sich der Notar richtiger ausgedrückt haben, wenn er „Vertreter" statt „Vormund" gesetzt hätte.

Von einer Nichtigkeit der Annahme kann aber im Hinblick auf L.R.S. 6k schon deßhalb die Rede nicht sein, weil der Beisatz „als gesetzlicher Vormund desselben" jedenfalls überflüssig ist.

Es hat demnach auch nichts zu bedeuten, ob die obervormundschaftliche Ermächtigung vom 9. Februar 1854 vor oder nach Vernehmung des Familienraths- und Waisengerichts ertheilt wurde, da sie wie schon gezeigt, ganz unnöthig war.

Da die Klage schon nach dem bisherigen aller Be-

gründung entbehrt, so wäre eine Erörterung der Frage: ob ihr auch noch die L.R.S. 1125 und 6° entgegen stehen, durchaus zwecklos.

A. d. O. und nach Ansicht des §. 168 der Pr.O. rc.

D. R.

IV.

Steht dem flüchtigen Verbrecher, dessen Vermögen mit Beschlag belegt worden ist, das Recht zu, durch einen Bevollmächtigten Einsicht von den Verwaltungsakten und Rechnungen zu nehmen, und sich davon Abschriften fertigen zu lassen?

Einf.Ges. §. 126. 129.

Der flüchtige, ehemalige Cichorienfabrikant, Karl Bußjäger wurde durch Erkenntniß des mittelrheinischen Schwurgerichtshofes vom 28. Juni 1853 wegen Betrugs zu Zuchthausstrafe verurtheilt. Seitdem ist er nicht zurückgekehrt. In letzter Zeit hat er mehrfach durch seinen Sohn um Mittheilung von Abschriften der Rechnungen über die Verwaltung seines mit Beschlag belegten Vermögens von 80,000 fl. nachgesucht. Das Amt Durlach wies jedoch das Begehren zurück. Nun verlangte ein Generalbevollmächtigter des Flüchtigen, Kaufmann Barthold von Karlsruhe Abschrift der Rechnungen. Auch dieß Begehren wurde abgeschlagen, worauf Barthold gegen diesen abweislichen Bescheid des Oberamtes Durlach das Rechtsmittel der Beschwerde an das mittelrheinische Hofgericht ergriff.

Der Gerichtshof verfügte:

„In Erwägung, daß die nach §. 126 des Einf.Ges. zum St.G.B. erkannte Beschlagnahme des Vermögens eines flüchtigen Angeschuldigten allein im öffentlichen Interesse zur wirksamen, strafgerichtlichen Verfolgung des Angeschuldigten geschieht, daher an sich dem Angeschuldigten keinerlei Einwirkung auf die zu Folge des Beschlags angeordnete Vermögensverwaltung, und deßhalb auch nicht die Befugniß zustehen kann, Kenntniß von der Verwaltung zu nehmen, weil diese, wenn auch keine Einwirkung auf die Verwaltung doch immerhin ein Recht in Beziehung auf die Verwaltung enthalten würde; bezüglich eben dieser aber ihm alle und jede Rechte entzogen sind; zudem der Zweck der Beschlagnahme durch die Einsicht des Angeschuldigten in die Verwaltung leicht, wenigstens theilweise vereitelt werden könnte, insofern nämlich damit dem Angeschuldigten die Möglichkeit gegeben würde, einzelne dem Beschlag unterworfene Vermögenstheile sich zuzueignen, oder die Verwaltung zu erschweren;

„In Anbetracht, daß auch das Gesetz die Nachtheile, welche sich für den Angeschuldigten aus der Verwaltung des mit Beschlag belegten Vermögens durch einen vom Untersuchungsgerichte aufgestellten Pfleger ergeben und geeignet sind, auf dessen Entschluß sich vor Gericht zu stellen, einzuwirken, nicht beschränkt hat; zu diesen Nachtheilen aber ohne Zweifel auch die Unkenntniß des Angeschuldigten über Verwaltung und Stand seines Vermögens zu rechnen ist;

„In Erwägung, daß dagegen nicht eingewendet werden kann, daß so der aufgestellte Vermögensverwalter freie Verfügungsgewalt hätte, was dem Begriffe des Beschlags, und dem §. 129 Abs. 1 des Einf.Ges. wornach die nächsten Verwandten des Angeschuldigten zur Vermögensverwaltung beigezogen werden sollen, widersprechen würde —, weil hier wie bei jeder im öffentlichen Interesse angeordneten Vermögensverwaltung die zur Aufsicht solcher Verwaltungen aufgestellten öffentlichen Behörden mitwirken, und weil der angerufene § 129 Einf.Ges. nur vom Zuzug der Angehörigen bei der Vermögensverzeichnung, nicht auch bei der Verwaltung spricht, auch die Angehörigen nicht im Interesse des Angeschuldigten, sondern wegen ihrer bedingungsweise eigenen Rechte zugezogen werden;

„In Erwägung endlich, daß das Untersuchungsgericht in keiner nicht durch die Untersuchung, und in ihrem Interesse gebotenen Art mit dem Angeschuldigten, welcher sich der gesetzlichen Verfolgung durch die Flucht entzogen hat, beziehungsweise mit einem Bevollmächtigten desselben zu verkehren hat;"

daß die Beschwerde als unbegründet zu verwerfen sei.

D.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. **No. 18.**

I.

Gesetz
zum Schutze des Commissionshandels.

Wie bekannt, hat die großh. Regierung auf dem letzten Landtage einen Gesetzentwurf in obigem Betreffe vorgelegt, welcher von der zweiten Kammer, auf den Bericht des Abgeordneten Anderst, einigermaßen abgeändert, in der ersten Kammer aber fast gänzlich umgearbeitet und sodann nach der neuen Fassung von beiden Kammern als Gesetz angenommen wurde.

Da dieses Gesetz von hoher Bedeutung und das größere Publikum nicht zur Kenntniß der Motive gelangt ist, welche die einzelnen Bestimmungen zu erläutern und das richtige Verständniß derselben zu erleichtern geeignet sind, so lassen wir hier den Regierungsentwurf mit seiner Begründung und den in der ersten Kammer erstatteten Commissionsberichte mit der beigefügten Fassung des Gesetzes dem ganzen Inhalte nach folgen:

Friedrich, von Gottes Gnaden Prinz und Regent von Baden, Herzog von Zähringen.

Wir haben mit Zustimmung Unserer getreuen Stände beschlossen und verordnen, wie folgt:

Die Sätze 93 und 95 des Handelsrechts werden aufgehoben und durch nachfolgende Bestimmungen ersetzt:

93.

Der Zwischenhändler (Commissionär oder Spediteur), welchem Waaren von einem andern Platze zum Verkaufe für Rechnung eines Bestellers (Committenten) oder zur Aufbewahrung oder Weiterversendung zugeschickt werden, hat wegen der auf dieselben geleisteten Vorschüsse und aller sonstigen, aus diesem oder einem späteren Geschäfte entstandenen Forderungen, ein Innebehaltungs- und Vorzugsrecht auf diese Waaren, so lange dieselben zu seiner Verfügung stehen, oder sobald er, auch vor ihrer Ankunft, durch einen Schiffsladschein oder einen Frachtbrief beweisen kann, daß sie an ihn abgesendet sind.

94 a.

Wenn der Zwischenhändler in dem Falle, wo ihm die Waaren von einem im Auslande wohnenden Besteller zugesandt wurden, dieselben nicht dem erhaltenen Auftrage gemäß verkaufen kann, oder wenn der Auftrag dahin ging, die Waaren bis auf nähere Verfügung an sich zu behalten, oder wenn der Auftrag beschränkt oder widerrufen, oder, wenn endlich der Besteller zahlungsunvermögend geworden ist, so kann auf Antrag des Zwischenhändlers das Bezirksgericht seines Wohnsitzes die öffentliche Versteigerung der Waaren oder eines Theils davon verfügen, damit derselbe aus dem Erlöse sich für seine im Satze 93 bezeichneten Forderungen bezahlt mache.

Dem Gerichte müssen Bescheinigungen der angeführten Thatsachen sowie darüber vorgelegt werden, daß dem Zwischenhändler, ohne Anordnung der Versteigerung, die Erlangung seiner Befriedigung unmöglich oder doch sehr erschwert sein würde. Sind die Bescheinigungen unzureichend, so muß die Versteigerung gleichwohl verfügt werden, wenn der Zwischenhändler Sicherheit für Kosten- und Schadensersatz leistet.

Dasselbe Bezirksgericht ist zuständig zur Entscheidung über alle Forderungen, welche der Zwischenhändler aus Commissionsgeschäften an den ausländischen Besteller zu machen hat.

94 b.

Dem Zwischenhändler, welcher für Rechnung eines an einem anderen Platze wohnenden Bestellers Waaren gekauft

und in Gewahrsam hat, steht wegen seiner aus diesem oder einem späteren Geschäfte entstandenen Forderungen ein Innebehaltungs- und Vorzugsrecht zu.

Wohnt der Besteller im Auslande, so kann die öffentliche Versteigerung der Waaren in der vorhin (Satz 94 a) bestimmten Weise verfügt werden, wenn derselbe zahlungsunvermögend geworden ist, oder dem Zwischenhändler, ohne solche Verfügung, die Erlangung seiner Befriedigung unmöglich oder sehr erschwert würde.

95.

Darlehen, Vorschüsse und Zahlungen eines Zwischenhändlers auf Waaren, welche von einer an dem nämlichen Orte wohnenden Person bei ihm hinterlegt, oder ihm zum Verkaufe übergeben worden sind, geben ihm nur dann ein Innebehaltungs- und Vorzugsrecht, wenn er sich nach den landrechtlichen Vorschriften über den Faustpfandvertrag benommen hat.

Gegeben ꝛc.

Begründung.

Das Commissionsgeschäft hat durch die neuere Entwicklung des Handels eine überaus große Bedeutung gewonnen; es ist eines der beliebtesten Mittel geworden, deren sich der Großhandel zu seinen Operationen bedient. Der umfangreichste Verkehr mit Rohprodukten, wie mit Fabrikaten, wird auf diesem Wege vermittelt.

Der rege Antheil, welchen unser Handelsplatz Mannheim an Geschäften dieser Art nimmt, hat eine genauere Untersuchung der Frage veranlaßt, ob dieser Geschäftszweig nach unsern Gesetzen des zu seinem Gedeihen unentbehrlichen Rechtsschutzes sich zu erfreuen habe. Das Ergebniß dieser Untersuchung ist der vorstehende Gesetzentwurf, welcher mehrere wichtige Aenderungen und Ergänzungen unseres Handelsrechts enthält.

Soviel steht fest, daß der Handel nicht auf diejenigen Sicherungsmittel verwiesen werden kann, welche das allgemeine bürgerliche Recht für den gewöhnlichen Verkehr darbietet. Die rasche Beweglichkeit, welche dem Handel nothwendig ist, der Credit und selbst die rücksichtsvolle Form, welche Handelsleute sich gegenseitig gewähren müssen, fordern, daß die erforderliche Sicherheit unmittelbar durch das Gesetz, ohne Zuthun der Betheiligten, geboten werde. Dieß geschieht denn auch durch die Gesetzgebung der meisten Staaten, wenn auch nicht mit der, auf dem Gebiete des Handels besonders wünschenswerthen Uebereinstimmung.

Unser Handelsrecht räumt (in Satz 93) dem Commissionär für seine Vorschüsse auf Waaren, die ihm von einem andern Platze in Consignation gegeben sind, ein Vorzugsrecht auf den Werth dieser Waaren ein. Dieses Vorzugsrecht gilt auf dem ganzen weiten Gebiete, welches von dem französischen Handelsrechte (mit mehr oder weniger Modificationen) beherrscht wird: Frankreich, den deutschen Rheinprovinzen, Belgien, Holland, Sardinien, dem Kirchenstaat, der Lombardei, Spanien, Portugal, Polen, Ungarn, Griechenland. Es gilt ferner in den deutsch-österreichischen Kronländern (Art. 43 und 44 der Wechselordnung vom 1. Oktober 1763), welche in den hierher gehörigen Bestimmungen auch nach Einführung der neuen Wechselordnung fortbesteht (s. §. 5 des k. Patents vom 25. Januar 1850). Andere Gesetzgebungen *) und das gemeine deutsche Recht geben dem Commissionär ein Retentionsrecht an dem Commissionsgut. Nach dem Beispiele des revidirten holländischen Handelsgesetzbuchs von 1838 haben neuere Gesetzentwürfe **) vorgeschlagen, dem Commissionär das eine und das andere Schutzmittel zuzuwenden, um ihm nicht nur gegen den Committenten selbst den Weg zu schneller Befriedigung zu eröffnen, sondern ihm auch, im Falle der Vergantung desselben, den Vorzug vor den übrigen Gläubigern zu sichern.

Es fragt sich, ob die Sicherheit, welche unsere Gesetzgebung dem Commissionär bietet, als vollkommen ausreichend angesehen werden könne.

Diese Frage ist unbedingt zu bejahen, sofern es sich um das Verhältniß des Commissionärs zu dem Committenten selbst — gleichviel, ob letzterer ein Inländer oder ein Ausländer sei — handelt. Denn es unterliegt keinem Zweifel, daß dem Commissionär, dem Committenten gegenüber, zur Deckung der aus dem Commissionsgeschäfte entsprungenen Forderungen ein Retentionsrecht am Commissionsgute zusteht.

Nicht minder ist obige Frage für den Fall zu bejahen, wo es sich um das Verhältniß des Commissionärs zu der

---

*) So z. B. das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich. Bd. III. (1855) §. 1625.

**) Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Königreich Würtemberg (1839) Art. 164—169. — Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland (1849) Titel V. Artikel 16 und folgende.

Gantmasse eines inländischen Committenten handelt. Denn hier ist der Commissionär schon durch sein Vorzugsrecht gesichert, er bedarf des Retentionsrechtes nicht, und darum ist die Frage, ob ihm solches zukomme, in diesem Falle unerheblich.

Dagegen würde in dem Falle, wenn ein Commissionär der Gantmasse eines ausländischen Committenten gegenüber stände, das Vorzugsrecht allein nicht genügen, um jenem die wünschenswerthe Sicherheit zu gewähren, und hier ist die Frage entscheidend, ob ihm gegen die Gläubiger des Committenten ein Retentionsrecht zustehe.

Das Vorzugsrecht würde nämlich dem Commissionär diese Sicherheit nur dann gewähren, wenn es auch an dem Wohnsitze des Committenten gesetzlich bestünde, oder, wenn ihm dort die Anerkennung auf den Grund hin, daß die dadurch gedeckte Forderung hierlands entstanden ist und der Deckungsgegenstand sich hier befindet, zu verschaffen wäre; endlich gegenüber denjenigen Staaten, mit welchen Verträge bestehen, durch die dem Inländer die Geltendmachung seines Vorzugsrechts gegen die ausländische Gantmasse garantirt *), oder gegen welche im Retorsionswege die Einleitung des Partikularkonkurses zum Schutze der inländischen Gläubiger verordnet ist. Immerhin müßte aber auch in diesen Fällen der inländische Commissionär das in seinen Händen befindliche Commissionsgut an die ausländische Gantmasse ausliefern; und seine Forderung wie sein Vorzugsrecht vor dem dortigen allgemeinen Gantgerichte anmelden und dessen Entscheidung unterwerfen.

In allen andern Fällen kann der Commissionär den nöthigen Schutz nur in dem Retentionsrechte finden. Es wird nun zwar von den Gerichtshöfen, welche sich gutächtlich über den Gegenstand geäußert haben, in Uebereinstimmung mit den angesehensten Rechtslehrern angenommen, daß dem Commissionär jenes Recht schon nach bestehendem Gesetze zustehe, auch ist kein Fall bekannt, in welchem solches von einem inländischen Gerichte bezweifelt worden wäre. Gleichwohl ist die Uebereinstimmung der Rechtslehrer nicht eine ganz allgemeine, und da der fragliche Rechtssatz nicht auf einem bestimmten, einer Mißdeutung ganz unfähigen Ausspruche des Gesetzes beruht, so können die lautgewordenen Besorgnisse des Handelsstandes nicht als schlechthin unbegründet bezeichnet werden.

Schon hierin läge ein Grund zum Einschreiten der Gesetzgebung.

Allein hierzu tritt noch die Betrachtung, daß selbst das Retentionsrecht nicht durchweg genügt, um dem Commissionär Sicherheit und schnelle Befriedigung zu verschaffen. In der Regel wird wohl die Gantmasse, um sich den Mehrwerth des Commissionsguts über die darauf haftenden Vorschüsse und sonstigen Forderungen zu verschaffen, den Commissionär zum Verkaufe der Waare ermächtigen, in welchem Falle er sich aus dem Erlöse bezahlt macht, oder sie wird ihn durch Deckung seiner Forderungen zur Auslieferung der Waaren bestimmen. Allein, wenn sie weder das eine noch das andere thut, so bleibt er zwar im Besitze der Waaren, aber er darf sie nicht verkaufen und erhält folglich auch seine Vorschüsse nicht zurück, so daß er am Ende doch bei dem ausländischen Gantgerichte liquidiren muß, weil ihm ein Mittel fehlt, die Sache bei dem inländischen Gerichte zum Austrag zu bringen. Die Bedürfnisse des Handels machen es höchst wünschenswerth, daß hierzu ein einfacher, rasch zum Ziele führender Weg eröffnet werde; und es ist, soll der Zweck vollständig erreicht werden, dabei nicht nur der Fall einer Vergantung des ausländischen Commissionärs, sondern auch der Fall, wo eine Gant nicht vorliegt, zu berücksichtigen.

Auf dieser Betrachtung beruht im Allgemeinen der vorstehende Gesetzentwurf, welcher, der Form nach, die Sätze 93 und 95 unseres Handelsrechts mit den angemessen befundenen Aenderungen und Ergänzungen und außerdem zwei ganze neue Sätze enthält. Der Satz 94 besagend:

„Sind die Waaren für Rechnung des Bestellers

*) Unser Jurisdiktionsvertrag mit dem Königreich Sachsen Reg.-Bl. Nr. 28 von 1855 bestimmt in Art. 13, Ziff. 2:

„Ebenso können vor Auslieferung des Vermögens an das allgemeine Gantgericht alle nach den Gesetzen desjenigen Staates, in welchem jenes Vermögen sich befindet, zulässigen Eigenthums-, Pfand- oder Vorzugsrechte an den zu diesem Vermögen gehörigen Gegenständen vor den Gerichten des betreffenden Staates geltend gemacht werden, und ist sodann aus deren Erlös die Befriedigung dieser Gläubiger zu bewirken und nur der Rest an die Gantmasse abzuliefern. Bei denselben Gerichten ist der etwa unter solchen Gläubigern oder mit dem Gantmassekurator über die Richtigkeit oder das Vorzugsrecht einer Forderung entstehende Streit zu entscheiden."

Der Staatsvertrag mit Würtemberg (Reg.-Bl. No. 32) sichert in Art. 11, Ziff. 3, dem Inländer die Anerkennung des ihm nach inländischen Gesetzen zukommenden Vorzugsrechts durch das ausländische Gantgericht.

verkauft und abgeliefert worden, so macht sich der Zwischenhändler für den Betrag seiner Vorschüsse, Zinsen und Kosten von dem Erlös bezahlt, und geht darin den Gläubigern des Bestellers vor,"

soll unverändert bleiben.

Zur Erläuterung der einzelnen Vorschläge wird bemerkt:

Zu Satz 93.

Dieser Satz umfaßt die Fälle, in welchem die Commissionswaare von einem andern Platze her, sei es vom Auslande oder vom Inlande, an den Commissionär gesendet worden ist. Die besondern Bestimmungen über die vom Auslande kommenden Sendungen enthält der Satz 94 a. Den Gegensatz bilden die in Satz 95 behandelten Platzgeschäfte. In allen jenen Fällen soll nun, aus den schon in den allgemeinen Bemerkungen angeführten Gründen, dem Commissionär, außer dem ihm jetzt schon zustehenden Vorzugrecht auch noch das, übrigens nach der vorherrschenden und gewiß auch richtigen Meinung, gleichfalls bereits bestehende Innebehaltungsrecht (Retentionsrecht) ausdrücklich zuerkannt werden. Im Uebrigen sind folgende Aenderungen des Handelsrechtssatzes 93 vorgeschlagen:

1) Statt der Worte „Jeder Kaufbesorger oder Versender" soll, wie in Satz 94, das Wort „Zwischenhändler" gebraucht werden, welches den Commissionär und den Spediteur bezeichnet (Satz 92 a).

2) Unser Gesetz gibt, im Widerspruche mit dem ihm zum Grunde liegenden französischen, das Vorzugsrecht nur für die geleisteten Vorschüsse. Dasselbe muß sich aber auf alle Forderungen an Auslagen, Zinsen, Provision u. s. w. erstrecken, welche aus dem Commissionsverhältniß entsprungen sind. Man kann sich hierbei nicht auf eine Sonderung der einzelnen Commissionsgeschäfte einlassen, weil dieß den Gebräuchen der Handelswelt widerstreiten würde. Ueber die einzelnen Geschäfte dieser Art wird keine getrennte Rechnung geführt, sie bilden eine zusammenhängende Reihe von Geschäften, bei welcher oft Committent und Commissionär selbst die Rollen wechseln. Die gegebene Deckung erstreckt sich nach den Ansichten der Handelsleute auf alle späteren, aus gleichartigen Geschäften entsprungenen Ansprüche. So legt auch die französische Gerichtspraxis den Art. 93 aus.

3) Es kann nur darauf ankommen, daß die Waaren noch zur Verfügung des Commissionärs stehen, sei es, daß sie in seinem eigenen oder einem fremden Lager sich befinden, oder auch, daß sie von ihm weiter versendet wurden, so lange sie nur nicht wieder in den Besitz des Committenten oder eines von ihm Beauftragten gelangt sind. Deßhalb die Einschaltung der Worte „oder sonst" (zu seiner Verfügung stehen).

Zu Satz 94 a.

Hier ist nach dem Vorgange des holländischen H.G.B. Art. 83 der Weg bezeichnet, auf welchem der Commissionär bei dem inländischen Gerichte seine Befriedigung aus den consignirten Waaren erwirken kann. Ein noch einfacheres Verfahren, nämlich der einfache Verkauf der Waaren durch Mäkler, ist in England, Frankreich und an wichtigen deutschen Handelsplätzen, namentlich in Hamburg und Bremen, durch die Praxis eingeführt.

Pardessus Cours de droit commercial §. 131. 489. 571.

Gelpke Zeitschrift für Handelsrecht. 2. Heft. (1852). S. 105.

Das Verfahren muß einfach und rasch sein, um den Commissionär beim Fallen der Preise gegen Verluste zu schützen. Das Gericht hat sich mit einer, durch die Correspondenzen und Handelsbücher leicht zu führenden Bescheinigung zu begnügen und die Anordnung des Verkaufs in den Formen einer einstweiligen Verfügung, ohne förmliche Verhandlung, zu erlassen. Hat der Verkauf stattgefunden, so fällt die Sache unter die Bestimmung des Satzes 94, d. h. der Commissionär macht sich aus dem Erlöse bezahlt und liefert den etwaigen Ueberschuß an den Committenten oder dessen Gantmasse aus. Wollten Letztere die Forderung oder das Vorzugsrecht des Commissionärs bestreiten, so hätten sie deßhalb den ordentlichen Rechtsweg vor dem Gerichtsstande desselben zu betreten. Zweckmäßig erscheint es zudem, auch dem Zwischenhändler die Erhebung einer Klage vor demselben Gerichtsstande zu gestatten, was ihm in Frankreich schon vermöge des Artikel 14 des Code Napoléon freisteht und mit unserer Prozeßordnung (§§. 19. 41. 43) in Uebereinstimmung ist.

Zu Satz 94 b.

Der Einkaufscommissionär ist im Gesetze nicht ausdrücklich erwähnt. Die Praxis wendet, offenbar mit der entschiedensten Billigkeit, das zu Gunsten des Verkaufscommissionärs bestehende Vorzugsrecht auf ihn an.

Es scheint jedoch zweckmäßig, sein Recht durch eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift außer Zweifel zu stellen.

Zu Satz 95.

Das französische Handelsgesetz und mit ihm alle neueren geben dem Commissionär kein Vorzugsrecht, wenn der Committent am nämlichen Platze wohnt. Der Grund dieser Beschränkung besteht darin, daß unter dem Schein von Consignationsgeschäften leicht betrügliche Verabredungen zur Begünstigung einzelner und zur Gefährdung der übrigen Gläubiger ausgeführt werden könnten, während die, unter Personen desselben Wohnsitzes ohne große Belästigung anwendbaren Formen des Faustpfandvertrags eine größere Garantie gegen derartige unredliche Scheingeschäfte bieten. Dieser Gedanke des Gesetzes ist nun aber in unserm Texte aus einem Mißverständnisse der Worte des Grundtextes:

„marchandises deposés ou consignées par un individu" . . .

unkenntlich geworden. Es war deßhalb der gegenwärtige Anlaß zur Vornahme einer Berichtigung zu benützen.

Commissionsbericht

über den Gesetzesentwurf zum Schutze des Commissionshandels.

Erstattet von dem Abgeordneten Hofrath Schmidt.

Durchlauchtigste, hochgeehrteste Herren!

Nach Inhalt der uns zur Einsicht mitgetheilten Acten des großherzoglichen Justizministeriums wurde die erste Veranlassung zu diesem Gesetzentwurf durch ein Gesuch der Handelskammer zu Mannheim vom Mai v. J. gegeben, des Inhaltes, es möge dem Verkaufscommissionär, welcher Vorschüsse auf die erhaltenen Waaren gemacht hat, ein größerer gesetzlicher Schutz, als bisher, und ein eben so großer gegeben werden, wie in andern, durch ihren Handel hervorragenden Staaten. Die großherzogliche Staatsregierung nahm davon Veranlassung, die rechtliche Stellung der Zwischenhändler, welche durch die Zustände des heutigen Handelsverkehrs eine überwiegend große, früher nicht gekannte Bedeutung erlangt haben, überhaupt einer Prüfung zu unterwerfen. Das Resultat dieser Fürsorge ist der vorliegende Gesetzesentwurf. Zur Würdigung desselben wird es zunächst darauf ankommen, die Bedeutung des Zwischenhandels überhaupt und den Stand des gegenwärtig geltenden Rechts in seinen Hauptzügen klar zu übersehen.

Unter Zwischenhändler (Commissionär) wird von unserm Handelsrechte derjenige Kaufmann verstanden, welcher zwar im eigenen Namen, aber für eines anderen Rechnung Handelsgeschäfte treibt (H.R.S. 91). Diese Geschäfte können nach S. 92a sein:

1) Kaufsbesorgung, worin hinwiederum zweierlei liegen kann:

a) der Auftrag, zu verkaufen,

b) der Auftrag, einzukaufen.

2) Waarenversendung: der hiemit beschäftigte Commissionär wird sowohl in der Handelssprache, als in der des Landrechts, Waarenversender (Spediteur) genannt (H.R.S. 96).

Wie der Handel überhaupt, so beruht insbesondere dieser Commissions- und Speditionshandel auf sehr ausgedehnten Creditverhältnissen. Der Kaufmann creditirt nicht blos das, was er für seine Bemühungen unter dem Namen Provision, Zinsen, Spesen zu beanspruchen hat, sondern ist überdies häufig in der Lage, sehr bedeutende Vorschüsse zu machen. Das thut der Verkaufscommissionär, indem er dem Auftraggeber Geld vorstreckt in der Erwartung, daß er sich aus dem Erlös der zu verkaufenden Waaren werde befriedigen können. In dem gleichen Verhältniß befindet sich der Einkaufscommissionär; denn Derjenige, von welchem er kauft, hält sich des Kaufpreises wegen lediglich an ihn. Endlich macht auch der Spediteur nicht selten, wenn auch vielleicht weniger belangreiche Vorschüsse für die Kosten des Waarentransports.

Die Geschäftsverbindungen des gesammten Commissionshandels beziehen sich zwar nicht nothwendig, aber naturgemäß vorzugsweise auf das Ausland; ein Umstand, welcher natürlich dazu geeignet ist, die in dem Creditiren liegende Gefahr zu steigern. Unter solchen Verhältnissen leuchtet es ein, daß eine, und zwar sehr wesentliche Voraussetzung für das Gedeihen und die Blüthe dieses wichtigen Handelszweiges darin werde gesucht werden müssen, daß die Gesetzgebung den Bedürfnissen desselben vollkommen entspreche. Dabei werden im Allgemeinen folgende legislative Momente zu berücksichtigen sein:

1) Der Zwischenhändler soll sich insoweit des rechtlichen Schutzes erfreuen, daß er den nothwendigen Credit geben könne, ohne übermäßig gefährdet zu sein.

2) Dieser Schutz wird ein unmittelbarer Ausfluß des Gesetzes selbst sein müssen, weil ein jedes, erst besonders

abzuschließendes Rechtsgeschäft, wie z. B. der Faustpfandvertrag, nach der Auffassung der Handelswelt ein Zeichen des Mißtrauens wider den Committenten enthalten und daher sein Verlangen auf den Zwischenhandel selbst nachtheilig zurückwirken, auch überdies Weitläufigkeiten herbeiführen würde, welche mit dem Handelsverkehr sich nicht vertragen.

3) Aber auch dieser gesetzliche Schutz soll nicht über das Maaß des Nothwendigen hinausgehen; denn wenn die Gesetzgebung eines Landes, namentlich eines kleineren, für ihre eigenen Kaufleute eine allzugroße Bevorzugung an den Tag legt, so wird der Handel leicht geneigt werden, mit Umgehung eines solchen Landes, andere Bahnen einzuschlagen.

4) Endlich wird, wie die Bedürfnisse des Handels im Wesentlichen überall die gleichen sind, so auch in der Gesetzgebung des einzelnen Staats, ein Anschluß an die hervoragendsten. Gesetzgebungen anderer Handelsstaaten wünschenswerth sein.

Die Mittel, durch welche das Gesetz den Zwischenhändler unmittelbar schützen kann, sind in der Hauptsache folgende:

1) Einräumung eines Vorzugsrechts in der über das Vermögen des Committenten einbrechenden Gant;

2) Gewährung der Befugniß, die dem Committenten zugehörigen Waaren innezubehalten;

3) die Erlaubniß, die innebehaltene Sache kurzer Hand zum Verkauf zu bringen, zu dem Zwecke, aus dem Erlöse sich zu befriedigen.

Diese drei genannten Befugnisse können hinwiederum in weiterem oder in engerem Umfang ertheilt werden; und in der That finden sich hier auch in den verschiedenen Gesetzgebungen wesentliche Abweichungen. Was den Stand des badischen Rechts betrifft, so muß anerkannt werden, daß dasselbe den gegenwärtigen Bedürfnissen des Zwischenhandels nicht entspreche. Unser Handelsrecht begnügt sich nämlich im Allgemeinen damit, den Zwischenhändler auf die Grundsätze vom Auftragsvertrage zu verweisen (H.R.S. 92) und ihm ein Vorrecht auf die Waare einzuräumen (H.R.S. 93); allein es fehlt an Bestimmungen darüber, wie dieses Vorrecht, besonders Ausländern gegenüber, wirksam und rasch zur Befriedigung des Gläubigers geltend gemacht werden kann, namentlich wenn über den Schuldner Gant ausbricht, indem die Befugniß, die innebehaltene Sache kurzer Hand zu verkaufen, nach unsern Gesetzen nicht besteht. Auch widmen dieselben nur einem besondern Falle des Zwischenhandels die Aufmerksamkeit (H.R.S. 93, 94, 95).

Der Verkaufsbesorger nämlich, welchem Waaren von einem andern Platze zugeschickt worden sind (die Platzgeschäfte werden durch Satz 95 ausdrücklich ausgeschlossen), hat:

a) wegen geleisteter Vorschüsse ein Vorzugsrecht an den Waaren, und zwar im Allgemeinen so lange, als er dieselben im Besitz hat;

b) nach dem Verkaufe derselben hat er das Recht der Compensation, und zwar nicht blos seiner Vorschüsse wegen, sondern auch für seine Zinsen und Kosten.

Diese an sich unzureichende Bestimmung leidet überdies an inneren Mängeln, denn einmal ist Satz 95 in geradezu unverständlicher Weise gefaßt, und dann spricht — eine Folge mangelhafter Uebertragung — Satz 93 von einem Versender, welchem Waaren zum Verkauf zugeschickt werden; eine Ausdrucksweise, welche geeignet ist, Verwirrung hervorzurufen, weil, wer zum Verkauf beauftragt wurde, eben kein Versender ist.

Demnach ist nun für den Verkaufsbesorger, und auch für ihn nur in mangelhafter Weise, durch die Gesetzgebung Fürsorge getroffen, nicht für den Einkaufsbesorger, nicht für den Spediteur. Es ist ferner das Innebehaltungsrecht nicht so geregelt, wie erforderlich, und endlich fehlt die Verkaufsbefugniß zu kurzer Hand.

Unter diesen Umständen sind wir mit dem Commissionsberichte der zweiten Kammer der Ansicht, daß die Vorlage dieses Gesetzentwurfes durch ein vorhandenes, praktisches Bedürfniß gerechtfertigt erscheine.

Was die Ausführung anlangt, so ist Ihre Commission nach wiederholter, ernstlicher Prüfung zu der Einsicht gekommen, daß bei diesem, nach vielen Seiten hin in die Handelsverhältnisse tief eingreifenden Gesetze Schwierigkeiten nicht gewöhnlicher Art zu überwinden seien. Sie ist zu der Ueberzeugung gelangt, daß der vorliegende Gesetzesentwurf, dessen allgemeiner Tendenz sie ihre Zustimmung keineswegs versagt, im Einzelnen verschiedener Modificationen bedürftig sei, wie sich aus den weiteren Erörterungen zu den einzelnen Sätzen ergeben wird.

Zu Satz 93.

In diesem Satz wird von zwei Unterarten der Zwischenhändler gemeinschaftlich gehandelt, nämlich von dem Verkaufskommissionär und von dem Spediteur. Beiden

werden zwei Vorrechte gegeben, ein Innebehaltungs- und ein Vorzugsrecht. Es wird zweckmäßig sein, diese Verhältnisse gesondert zu besprechen.

I. Was zunächst das dem Verkaufsbesorger gewährte Innebehaltungsrecht betrifft, so ergibt sich die Angemessenheit davon, daß es hier ausdrücklich ausgesprochen wird, aus dem früher Entwickelten von selber. Dagegen bedürfen einige andere Fragen der Erörterung.

1) Für welche Forderung soll demselben dieses Innebehaltungsrecht zustehen? Im Wesentlichen ließen sich hier drei verschiedene Auffassungsweisen denken:

a) für alle Forderungen aus Handelsgeschäften überhaupt: soweit geht jedoch unseres Wissens kein Handelsgesetzbuch;

b) lediglich für die Forderungen aus Commissionsgeschäften, hier aber auch für alle: so bestimmt z. B. das Gesetzbuch für den Kanton Zürich, §. 1625, und so scheint auch die französische Praxis den Art. 93 des code de commerce auszulegen. (Delamarre, du contrat de commission. Tom II. p. 711);

c) nur für die aus der Besorgung der betreffenden Waare selbst entstandenen, also die sog. connexen Forderungen: so verordnet das holländische Handelsgesetz, §. 81, Inländern gegenüber; während es in §. 80 Ausländern gegenüber das Retentionsrecht unbeschränkt für alle Forderungen aus Commissionsgeschäften gewährt.

Der Regierungsentwurf befolgt keines dieser Systeme in seiner Reinheit. Nach demselben hat das Retentionsrecht statt

a) wegen der an der Sache selbst haftenden Forderungen,

b) wegen aller sonstigen, aus einem späteren Geschäfte entstandenen Forderungen,

welcher Bestimmung die zweite Kammer die weitere Beschränkung auf „gleichartige" Geschäfte hinzugefügt hat, ein Ausdruck, der zu Zweifeln Anlaß geben kann, was unter gleichartig zu verstehen sei, ob Handelsgeschäfte überhaupt oder Handelsgeschäfte bestimmter Art damit gemeint seien, denn in beiden Fällen besteht eine Gleichartigkeit, nur in dem einen eine größere als in dem anderen. Wahrscheinlich sind jedoch andere Verkaufs- und Einkaufsbesorgungen gemeint, und da wir mit der Beschränkung in diesem Sinn einverstanden sind, so haben wir in dieser Beziehung nur eine andere Fassung gewählt.

Dagegen erscheint uns die, wahrscheinlich dem Entwurf für Würtemberg nachgebildete und auch bei einzelnen französischen Rechtslehrern sich findende Unterscheidung zwischen früheren und späteren Geschäften keine angemessene. Zwar läßt sich für dieselben anführen, daß nur bei einem späteren, nicht auch bei einem früheren Geschäfte anzunehmen ist, daß die Auslagen und Vorschüsse mit Rücksicht auf die zu handhabende Deckung gemacht worden seien. Aber es entspricht jene schon nicht den Bedürfnissen des Handels. Denn der Verkaufsbesorger, welcher verschiedene Güter nacheinander von demselben Committenten erhält, wird in natürlicher Betrachtungsweise geneigt sein, die am längsten bei ihm lagernden Waaren zuerst wegzugeben, voraussetzend, daß er sich eben so gut an die zuletzt erhaltenen für die Gesammtheit seiner Commissionsforderungen werde halten können. Diese Auffassung hat auch einen juristischen Grund für sich. Es sind nämlich die bei einem, zwischen zwei Handelshäusern bestehenden Commissionsgeschäfte succesive zugeschickten Waaren gleichsam als ein Ganzes zu betrachten wie ein Waarenlager. Wenn ein Theil der Waare abgeht, so treten wieder neue Sendungen an die Stelle desselben, und diese müssen nun auch in die Haftbarkeit für die bereits vorhandenen Schulden eintreten, wie dieses überhaupt bei dem Vorrecht auf solche Gesammtheiten der Fall ist. Ueberdieß ist eine solche Unterscheidung ganz dazu geeignet in den so mannichfach sich gestaltenden Handelsverhältnissen zu Verwirrungen, Zweifeln und Streitigkeiten Veranlassung zu geben. Wir tragen daher darauf an, daß man diese Unterscheidung gänzlich aufgebe und dafür in einfacher, den Auffassungen der Handelswelt entsprechender Weise dem Kaufbesorger ein Retentionsrecht für alle seine Einkaufs- und Verkaufsbesorgungen einräume.

2) Welche Wirksamkeit soll das Innebehaltungsrecht des Verkaufsbesorgers haben? Diese Frage ist vorzugsweise praktisch in der Richtung, ob das Retentionsrecht auch wider weitere Gläubiger und die Gantmasse des Bestellers ausgeübt werden dürfe, oder ob man verpflichtet sei, an diese die Waaren herauszugeben. Dem Auslande gegenüber hat der Entwurf selbst anerkannt, daß die Fortdauer jenes Rechts trotz der ausgebrochenen Gant des Bestellers nöthig sei. Wir finden nun keinen Grund, gegenüber einer

inländischen Gantmasse ein anderes Prinzip zur Anerkennung zu bringen, glauben vielmehr, daß die Fortdauer jenes Rechtes auch hier vollkommen gerechtfertigt sei, und stellen in diesem Sinne unsere Anträge.

Noch eine Redactionsbemerkung möge hier Platz finden. Satz 93 bedient sich der Worte: „so lange dieselben entweder in seinen Vorrathshäusern oder in einer öffentlichen Niederlage zu seiner Verfügung liegen,“ während der Regierungsentwurf sagt: „so lange dieselben zu seiner Verfügung stehen.“ Ein wesentlicher Unterschied wird zwischen beiden Fassungen nicht bestehen; wir glaubten jedoch, die frühere Fassung wieder herstellen zu sollen, davon ausgehend, daß an bestehenden Gesetzen so wenig als irgend möglich zu ändern sei.

II. Der Regierungsentwurf gibt dem Verkaufsbesorger (außer und neben dem Retentionsrecht) ein Vorzugsrecht auf diese Waaren, und zwar ebenfalls nur so lange, als dieselben zu seiner Verfügung stehen u. s. w. Die Commission dagegen ist der Ansicht, daß nur von dem Retentionsrecht gesprochen, daß dagegen das Vorzugsrecht, welches hauptsächlich nur für den Einkaufsbesorger von Interesse ist, weggelassen und es bezüglich dieses letzteren Rechts in denjenigen Fällen, wo der Kaufsbesorger davon Gebrauch machen muß, bei dem bestehenden Gesetz sein Verbleiben behalten soll.

Die Gründe dafür sind folgende:

1) Das Retentionsrecht ist schon seiner Natur nach an die Voraussetzung gebunden, daß der Gläubiger die Verfügungsgewalt über die Waare besitze; denn es ist nichts anderes, als die Befugniß, die Herausgabe zu verweigern. Das Vorzugsrecht dagegen gewinnt erst dann eine Bedeutung, wenn die Waare sich nicht mehr im Besitze des Gläubigers befindet, sondern in dem des Schuldners oder seiner Masse, und wenn eine Mehrheit von Gläubigern aus dem Vermögen des Schuldners befriedigt sein will.

So richtig es daher ist, wenn der Entwurf das Retentionsrecht an die Bedingung knüpft, daß der Gläubiger die Verfügungsgewalt über die Sache habe, so wenig angemessen will es scheinen, wenn der Entwurf die gleiche Beschränkung auch dem Vorzugsrecht beifügt. Unmöglich nämlich kann man wollen, daß das Vorzugsrecht des Commissionärs verloren sei, sobald er die Waare aus Handen gegeben hat. Denn wenn z. B. die von einem Einkaufsbesorger abgeschickten Waaren noch in der Masse sich vorfinden, so hat Jener anerkanntermaßen noch eben so gut ein Vorzugsrecht, wie der Verkäufer selber (L.R.S. 2102, Abs. 4). Nach dem Entwurfe könnte aber behauptet werden, daß ein solches Vorzugsrecht nicht mehr bestehe, weil es mit dem Retentionsrecht aufhöre. Allerdings gebraucht auch der bisherige Satz 93 das Wort „Vorzugsrecht“ mit der gleichen Beschränkung auf die Dauer des Besitzes der Sache, allein er gebraucht dieses Wort für sich allein, und anerkanntermaßen muß gerade aus der beigefügten Beschränkung geschlossen werden, daß damit nicht ein eigentliches Vorzugsrecht im Sinne des L.R.S. 2102, sondern ein Retentionsrecht gemeint ist, daß nur deßhalb ein Vorzugsrecht genannt wurde, weil es bei rechtzeitiger Ausübung den Vorzug vor andern Gläubigern zur Folge hat. Würde nun aber durch den kopulativen Gebrauch beider Ausdrücke die Nothwendigkeit entstehen, damit auch zwei verschiedene Begriffe zu verbinden, so würde für das Vorzugsrecht nur der Begriff des Satzes 2102 und damit ein unlösbarer Widerspruch übrig bleiben.

Wollte man daher auf der Erwähnung des Vorzugsrechts beharren, so würde jedenfalls nicht, wie doch im Entwurfe geschieht, das Vorzugsrecht mit dem Retentionsrechte auf eine Linie gestellt werden können, sondern es müßten besondere Bestimmungen darüber getroffen werden.

2) Eine besondere Gewährung des Vorzugsrechts neben dem Retentionsrecht könnte jedoch nur dann nöthig erscheinen, wenn man

a) annähme, daß das Retentionsrecht mit der Ganterklärung aufhöre und der Kaufbesorger verbunden sei, die Waare in die Masse abzuliefern; nun aber sind wir eben davon ausgegangen, daß dem nicht so sei. Oder

b) wenn man das Vorzugsrecht, welches dem Kaufbesorger nach freiwillig abgelieferter Waare noch zukommt, ebenso wie das Retentionsrecht auch auf solche Forderungen ausdehnen wollte, die mit der betreffenden Waare in keiner Verbindung stehen. Eine Frage, die wiederum nur einer inländischen Gantmasse gegenüber von Wichtigkeit sein würde (denn ein ausländisches Gantgericht wird das Vorzugsrecht auf eine bereits abgelieferte Waare nach seinen eigenen Gesetzen beurtheilen), die aber gerade deßhalb kaum eine große praktische Bedeutung haben wird; denn derartige Commissionsgeschäfte werden fast regelmäßig mit Ausländern abgeschlossen. (Schluß folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 19.

I.

Gesetz
zum Schutze des Commissionshandels.
(Schluß).

Abgesehen übrigens von dem Punkte der praktischen Bedeutung, ist in der That kein Grund vorhanden, Demjenigen, der die Waare freiwillig aus Handen gegeben hat, ein weiteres Vorzugsrecht einzuräumen, als das Landrecht es zugesteht. Nun aber erfordert das Vorzugsrecht auf eine bestimmte Sache nach seiner innern Natur nicht weniger als nach seinem durch das ganze Landrecht hindurch anerkannten Grund und Wesen, daß die Forderung, für welche es geltend gemacht wird, mit dem Gegenstand, auf den es wirken soll, im Zusammenhange stehe und nirgends ist ein Vorzugsrecht auf einzelne bewegliche oder unbewegliche Sachen für solche Forderungen gegeben, die jenem Gegenstande schlechthin fremd sind, wohl aber finden wir eine solche Ausdehnung beim Innebehaltungsrecht im Satz 2082. Durch die Adoption einer solchen Ausdehnung würde man also ein wesentliches und gerechtes Prinzip, das sonst im ganzen Landrechte gehandhabt wurde, verletzen. Dieses wäre nicht nur an sich selbst höchst bedenklich, sondern auch unbillig gegen die andern Gläubiger, da Derjenige, welcher das Retentionsrecht aufgegeben, d. h. die Waare ausgeliefert und dem Besteller Vertrauen geschenkt hat, nicht mehr die Rücksicht und die Bevorzugung in Anspruch nehmen kann, wie Derjenige, der sich noch im Besitz befindet.

3) Eine solche Ausdehnung würde aber noch zu weiteren Verwickelungen führen. Bekanntlich hat der Verkäufer, und wohl ebenso der Einkaufskommissionär, nebst dem Vorzugsrechte, das Recht der Zurücknahme der Waaren (H.R.S. 240, L.R.S. 2102, Abs. 4). Es würde nun die Frage entschieden werden müssen, ob die Rechte, welche der Einkaufsbesorger statt des Vorzugsrechts ausüben kann, sich ebenfalls auf andere Forderungen erstrecken, als auf den Kaufpreis. Consequent zwar wäre diese Ausdehnung dann, wenn man den Grundsatz des Entwurfs bezüglich des Vorzugsrechts annehmen wollte, aber empfehlenswerth wäre sie schwerlich.

Hiernach hat man geglaubt, einerseits den Entwurf wesentlich zu vereinfachen, und andererseits den Interessen des Handels vollkommen Genüge zu thun, wenn man lediglich das Innebehaltungsrecht in der angegebenen Weise und mit Wirksamkeit gegen die anderen Gläubiger verleiht, dagegen aber von dem Vorzugsrechte schweigt, dasselbe also in dem Zustande läßt, wie das Landrecht es bestimmt hat.

III. Was endlich die, von dem Entwurfe ebenfalls in dem vorliegenden Artikel behandelten Rechte des Waarenversenders betrifft, so wird nach der im Handelsrechte eingehaltenen Oekonomie von ihnen nicht in dem Kapitel vom Kaufbesorger, sondern in dem andern zu handeln sein, welches die Ueberschrift trägt: Von den Waarenversendern. Deßhalb hat die Commission geglaubt, die Rechte des Spediteurs durch den Zusatz 102 b besonders bestimmen zu sollen.

In materieller Beziehung ist darüber zu bemerken: Daß der Spediteur ein Retentionsrecht an den ihm zugeschickten Waaren habe, kann schon nach den bestehenden Gesetzen nicht bezweifelt werden. Es handelt sich hier nur um zwei Fragen:

1) soll ihm das Retentiosrecht auch gegen die Gantmasse und mit der Befugniß, die Versteigerung der Waaren zu verlangen, eingeräumt werden?

Die Commission hat kein Bedenken, dem Waarenver-

sender in dieser Beziehung die gleichen Befugnisse zu geben, wie dem Commissionär.

Er wird übrigens, sofern sein Retentionsrecht auf konnere Forderungen sich beschränkt, nur selten in den Fall kommen, davon Gebrauch machen zu müssen, weil der Werth der Waaren in der Regel viel bedeutender ist, als der Betrag der Versendungskosten und daher die Interessenten die Auslösung der Waaren bewirken werden.

2) Soll sein Retentionsrecht auch auf andere Forderungen ausgedehnt werden, als diejenigen, welche durch Versendung der betreffenden Waaren entstanden sind?

Der Entwurf gibt in dieser Hinsicht dem Retentionsrecht des Spediteurs dieselbe Ausdehnung, wie dem des Kaufbesorgers. Hiermit kann die Commission sich nicht einverstanden erklären.

So lange der Waarenversender diese Eigenschaft behält, und nicht in Folge anderweiter Anweisungen als Kaufbesorger erscheint, liegt ihm die Verbindlichkeit ob, die Waaren so schleunig als möglich an den Ort ihrer Bestimmung abgehen zu lassen. Nun aber widerspricht die Befugniß, die Waaren als Pfand für andere Forderungen zurückzuhalten, schon der Natur eines solchen Auftrags. Jedenfalls müßte erst durch eine deutliche Bestimmung entschieden werden, ob unter diesen andern Forderungen solche gemeint sind, die der Versender an den Absender, oder solche, die er an den Waarenempfänger zu machen hat, obwohl sicherlich nur letztere gemeint sein können (H.R.S. 100). Der Hauptgrund aber, weßhalb man jene Ausdehnung als höchst bedenklich und als gefährlich für den Speditionshandel selbst ansieht, liegt in folgender Betrachtung:

Der Absender der Waaren hat, wenn ihm wegen seiner Forderung Gefahr droht, zweifellos das Recht, sich an die abgeschickten Waaren zu halten, oder, wie das Gesetz in Satz 100 a sich ausdrückt, die Hand darauf zu legen. Hier nun würde eine Collision entstehen zwischen diesem Rechte des Verkäufers oder Absenders und zwischen den Rechten des Spediteurs. Dieser könnte nach dem Entwurfe wegen aller seiner Forderungen an den Waarenempfänger ein Retentionsrecht ausüben und in Folge dessen die Rechte des Absenders gänzlich vereiteln. Abgesehen nun von der Ungerechtigkeit, welche darin liegen würde, wenn man die nicht konneren Forderungen des Spediteurs den konneren Forderungen des Verkäufers in der Befriedigung aus der Waare vorziehen würde: müßte ein solcher Vorzug zur wahrscheinlichen Folge haben, daß die auswärtigen Verkäufer dieser Gefahr wegen von einem solchen Speditionswege abgelenkt würden.

Wollte man aber die Bestimmung hinzufügen, daß der Verkäufer jedenfalls vorgehe, so würde die Ausdehnung der Retention auf nicht konnere Forderungen für den Spediteur fast ohne Bedeutung sein; denn man kann annehmen, daß, wenn der Spediteur nicht bezahlt wird, auch der Verkäufer nicht gedeckt ist und daß also in den meisten Fällen eine Collision eintreten wird, in welcher der Spediteur nachstehen müßte.

Hierzu kommt endlich, daß unsers Wissens kein Gesetzbuch besteht, welches dem Waarenversender, so lange er nur dieses und nicht Kaufbesorger ist, ein so ausgedehntes Retentionsrecht einräumt. Entweder ist in den auswärtigen Gesetzen von dieser Befugniß des Spediteurs gar nicht die Rede, oder er ist auf die konneren Forderungen beschränkt, welche dann natürlich auch dem Verkäufer vorgehen müssen.

Zu Satz 94 a.

1. Daß nicht mit der Execution begonnen werden dürfe, ist eine allgemein bekannte Grundregel des Prozesses. Erst nachdem der Beklagte gehört wurde, der Kläger sein Recht bewiesen und das auf Grund dieses Beweises vom Gericht gesprochene Urtheil die Rechtskraft beschritten hat, erst dann kommt die Zeit der Vollstreckung.

Von dieser Grundregel weicht der Entwurf völlig ab, denn ohne vorgängiges Gehör des Beklagten soll die Execution ins Werk treten. Ohne überwiegende Gründe würde eine solche Ausnahme von einer obersten Regel nicht zu vertheidigen sein; aber solche überwiegende Gründe sind vorhanden.

Die Interessen des Handels nämlich und vor Allem die des Zwischenhandels verlangen es, daß mit größerer Leichtigkeit als in andern bürgerlichen Verhältnissen Credit gegeben werde. Das aber wird ohne unverhältnißmäßige Gefährdung nur dann geschehen können, wenn auch eine außergewöhnliche, namentlich eine rascher ins Werk tretende Sicherung vorhanden ist; und gerade eine solche zu bieten ist der Zweck dieses Gesetzes.

Zwar wenn ein kleiner Staat zuerst zu so außerordentlichen Mitteln greifen wollte, so würde das bedenklich erscheinen, und die Frage aufzuwerfen sein, ob er

seinem eigenen Handel dadurch nicht vielleicht mehr Schaden als Nutzen bringen werde. Aber um einen solchen Fall handelt es sich hier nicht, sondern darum, daß Baden auf derselben Bahn vorwärts schreite, welche schon von anderen, in Handelssachen den Reihen führenden Staaten, namentlich von Holland (dem schon die Frankfurter Wechselordnung vom Jahr 1739 in dieser Beziehung mindestens theilweise Aehnliches bringend vorausgegangen war), eingeschlagen worden ist. Es handelt sich darum, den badischen Kaufmann, damit er mit den Kaufleuten anderer Staaten concurriren könne, in dieselbe günstige Lage zu versetzen, in welcher jene sich befinden.

Auch ist hier der Mißbrauch eines exorbitanten Rechts weniger als sonst zu fürchten. Denn jeder Kaufmann, welcher in unredlicher, oder auch nur in vorschneller Weise zu dieser Verkaufsbefugniß seine Zuflucht nähme, würde seinem eigenen Credit zweifelsohne eine tiefe Wunde schlagen, also sich selber im Ganzen mehr schaden, als er im Einzelnen sich nützen würde.

Endlich ist auch deßhalb die Gefahr selbst geringer, als sie auf den ersten Blick scheinen mag, weil von dem Kaufmann die Handelsbücher und Papiere als seine Hauptbeweise vorzulegen sind: also der Regel nach nur sehr selten ein Mißgriff zu besorgen sein wird und dem Besteller in allen Fällen das Recht offen steht, durch eine Klage gegen den Kaufbesorger den Ersatz des Schadens zu verlangen, der ihm durch eine unbefugte Versteigerung zugefügt worden ist.

Demnach ist, daß eine solche Maßregel nicht getroffen werde, in der Hauptsache gutzuheißen; dagegen läßt sich über Einzelnes verschiedener Meinung sein.

II. Der Entwurf beschränkt die Anwendung dieser Strenge auf den Fall, wo der Besteller im Auslande lebt; er will also gegen die Ausländer härter verfahren, als gegen die Inländer. Daß er so entscheidet, wird sich aus dem Umstand erklären, daß er hierin, gleich dem für Deutschland gemachten Entwurfe (Titel V. Art. 19), dem holländischen Muster nachfolgt. Aber so sehr wir auch sonst für die Conformität im Recht, besonders im Handelsrechte stimmen mögen: in diesem Punkte wird die Abweichung ein Verdienst sein. Schon die Holländer nämlich haben sich deßhalb die begründeten Vorwürfe anderer Nationen zugezogen (so sagt z. B. ein französischer Schriftsteller darüber: On reconnait bien là ces bons Hollandais; tirons du dehors le plus et envoyons y le moins d'argent possible.) In Wahrheit widerstreitet eine solche Unterscheidung dem Charakter und dem Geiste des heutigen internationalen Rechts, welches im Ganzen dahin gerichtet ist, auf dem Gebiete des Privatrechts Allen die gleichen Rechte zuzuerkennen und jeden sog. processus barbarius i. e. contra barbaros, wo er nicht der Abwehr wegen gegeben werden muß, mißbilligt. Auch tritt die Unangemessenheit gerade in einem deutschen Lande deßhalb besonders hervor, weil hier andere Bundesländer zum Auslande gehören. Nun aber ist es hier nicht schwierig, derartigen Vorwürfen gänzlich und ohne Nachtheil zu entgehen. Das Mittel wird darin bestehen, daß man gegen den inländischen Besteller das gleiche Verfahren, also ebenfalls an dem Domicile des Kaufbesorgers, zuläßt.

III. Der Entwurf sagt, hierin dem Entwurfe eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland folgend: „das Bezirksgericht kann die öffentliche Versteigerung der Waaren verfügen;" er überläßt demnach, auch noch nachdem der Antragsteller Alles geleistet hat, was zu leisten war, die Verfügung selbst dem fakultativen Ermessen des Gerichts. Bei einer so gearteten Vorschrift wird zu besorgen stehen, daß der Kaufmann sehr häufig nicht erreichen werde, was das Gesetz ihm gewähren will. Denn jedes irgend bedenkliche Gericht wird bei so außerordentlichen gesetzlichen Bestimmungen geneigt sein, nein zu sagen. Deßhalb wird man, wenn man dem Gesetz praktische Bedeutsamkeit nicht entziehen will, dem Richter befehlen müssen, daß er verfüge.

IV. Was die dem Gerichte zu liefernde Bescheinigung anlangt, so kann

1) darüber kein Zweifel sein, daß mit allem Fug und Grund von dem Antragsteller die Existenz seiner Forderung bescheiniget werden müsse. Denn jedes geordnete Handlungshaus muß im Stande sein, aus seinen Büchern und Papieren diese Bescheinigung ohne besondere Schwierigkeit zu liefern.

2) Weiter verlangt das holländische Gesetz die Bescheinigung dafür, „daß der Besteller in Rückstand geblieben ist," was die dortige Praxis dahin auslegt, es müsse derselbe mindestens außergerichtlich gemahnt worden sein. Auch der Gesetzentwurf für Deutschland hat dieses Requisit aufgenommen, denn er gibt die Verkaufsbefugniß nur dann, „wenn der Committent im Verzuge ist" Unser Entwurf verlangt dagegen nirgends diese Mahnung. Nicht mit Recht, wie wir glauben; denn ohne eine solche, d. h. vollständig hinter dem Rücken seines Gegners, wird kein

Kaufmann die Veräußerung der Waaren verlangen dürfen. Auch muß billiger Weise dem Besteller Gelegenheit gegeben sein, zur rechten Zeit wider den Verkauf Einsprache erheben zu können. Wenn der Entwurf hier etwas zu wenig zu verlangen scheint, so stellt er

3) ein anderes Erforderniß auf, von dem wir der Meinung sind, es sei angemessen, daß es wegfalle. Er sagt nämlich, abweichend von allen uns bekannten Gesetzen und Entwürfen, es müsse bescheinigt werden, „daß dem Zwischenhändler, ohne Anordnung der Versteigerung, die Erlangung seiner Befriedigung unmöglich oder doch sehr erschwert sein würde.“ — Da dem Zwischenhändler das Recht, die Sache zum Verkauf zu bringen, in jedem Falle zusteht, so kann es sich hier nur um die Gefahr handeln, welche ihm aus einer Verzögerung des Verkaufs erwächst. Eine solche aber kann nur bevorstehen, entweder weil ein Sinken der Preise oder weil eine Verschlechterung der Waare bei längerem Aufschub zu erwarten steht; es ist also dieselbe Gefahr, von welcher auch Satz 92 a. c. spricht. Nun aber wird sich eine Bescheinigung, daß die Preise sinken müssen, gar nicht führen lassen. Die Thatsache wird genügen, daß ein solches Sinken überhaupt möglich sei: gerade diese bedarf aber schlechthin keines Beweises. — Demgemäß wird man, gerade wie nach holländischem Recht, nichts Anderes fordern können, als die Bescheinigung der Forderung und der brieflichen Mahnung.

V. Der Entwurf will, daß auch bei unzureichender Bescheinigung die Veräußerung dann verfügt werden soll, wenn der Zwischenhändler Sicherheit für Kosten und Schadenersatz leistet. Auch diese Bestimmung ist dem Entwurfe im Vergleich zu andern Gesetzen eigenthümlich, aber auch sie wird, nach unserer Ansicht, fallen müssen. Denn einmal wird jeder Kaufmann, welcher seine Bücher in Ordnung hält, die nöthige Bescheinigung durch diese zu führen im Stande sein; ein unordentlicher aber verdient keine Begünstigung.

Sodann macht die Frage Schwierigkeit: wie lange soll die Caution fortbestehen? Ohne Zweifel wird man erwiedern: bis zu dem Zeitpunkte, wo durch Urtheil und Recht die Klage des Committenten erlediget ist. Da nun aber für diesen kein Zwang zur Klagerhebung besteht, so würde, wenn er nicht klagt, die Caution bleiben müssen bis zur Verjährungszeit. Es leuchtet ein, daß es unpassend sein würde, auf eine solche unbestimmte, von dem Belieben des andern Theils abhängige Zeit hinaus Cautionen verschreiben zu wollen. Solche Cautionen kommen im Prozeß überhaupt nur vor bei Provisorien, denen ein Definitivum nachfolgen und also auch die Caution beendigen muß.

Zwar könnte dem Kaufbesorger eine Klage auf Rückgabe der Caution eingeräumt werden, allein die Nothwendigkeit, im ordentlichen Rechtswege die Caution wieder zurückzufordern, wäre eine nicht geringe Beschwerniß für den Kaufbesorger.

VI. Endlich bestimmt dieser Artikel, daß das Gericht am Wohnsitze des Zwischenhändlers auch zur Einklagung der Forderung selbst zuständig sein solle. — Sofern durch die Einsprache des Bestellers wider den Verkaufsantrag ein Streit über die Forderung sich erhebt, wird sich die Competenz des Gerichts zur Entscheidung über die Forderung nach den Grundsätzen der Einlassung und der Connerität von selbst verstehen.

Demnach soll hier bestimmt werden, daß, auch abgesehen von diesem Falle, das Gericht zur Einklagung dieser Forderungen im regelmäßigen Wege zuständig sei.

Der Commissionsbericht der zweiten Kammer spricht die Ansicht aus, daß dieser Gerichtsstand durch das Retentionsrecht bedingt sei, mithin aufhöre, sobald der Zwischenhändler durch Verabfolgung der Waaren jenes Recht aufgegeben habe. Allein das scheint nicht der Sinn des Entwurfs zu sein. Aus der Fassung des Paragraphen, deßgleichen aus den hinzugefügten Motiven, insbesondere aus der Anführung der §§. 19, 41, 43 der Prozeßordnung ergibt sich, daß ein förmlicher Gerichtsstand zur Klage auf Erfüllung der im Inlande contrahirten Verbindlichkeiten begründet werden soll, ohne jede Rücksicht auf das Retentionsrecht. Bei diesem Differenzpunkt von hoher, praktischer Wichtigkeit würde man, wenn es sich de lege ferenda handelt, der Ansicht der zweiten Kammer beistimmen müssen.

Wenn nämlich nach den gegenwärtigen Prozeßgesetzen ein solcher allgemeiner Gerichtsstand schon besteht — eine Frage, über welche sich bekanntlich streiten läßt —: so wird die besondere Gewährung desselben in diesem Gesetz überflüssig sein. Wenn dagegen das nicht der Fall ist, so dürfte die Einführung in diesem Gesetze kaum angemessen erscheinen. Denn da der Entwurf überhaupt nur die wirksame Verfolgung des Retentionsrechts bezweckt, so werden in denselben nur solche Vorschriften passen, welche mit diesem Retentionsrechte im Zusammenhang stehen, nicht auch andere, welche die Zuständigkeit der Gerichte

im Allgemeinen betreffen; ferner wird es unter der gleichen Voraussetzung kaum thunlich erscheinen, daß man einen exceptionellen Gerichtsstand, nicht etwa für die Forderungen der inländischen Kaufleute überhaupt, sondern nur für die einer besonderen Art derselben, für Handelscommissionäre, bilde. Endlich aber wird gerade hier kein besonderes Bedürfniß bestehen. Denn derjenige Kaufbesorger, welcher seine Bücher in Ordnung hat, ist schon durch sein Recht, auf die Veräußerung bei dem Gerichte anzutragen, hinlänglich geschützt. Bei mangelhafter Buchführung aber wird er auch hier eines besonderen Schutzes nicht würdig sein. Die Besorgniß endlich, daß einmal ein Gericht trotz geführter Bescheinigung den Verkaufsantrag durch unrichtige Entscheidung zurückweisen könne, kann natürlich für die Gesetzgebung kein Motiv bilden.

Demnach sind wir der Ansicht, daß diese Einführung eines allgemeinen Gerichtsstandes für die Forderung der Kaufsbesorger in das Gesetz nicht aufzunehmen sei.

Zu Satz 94b.

Wir sind damit einverstanden, daß der Einkaufsbesorger dieselben Rechte erhalte, welche durch die vorhergehenden Sätze dem Verkaufsbesorger zugetheilt worden sind. Da jedoch nach unsern Anträgen diese letzteren in einigen Stücken zu modificiren sind, so ergab sich daraus die Nothwendigkeit, auch hier auf diese Modificationen die gebührende Rücksicht zu nehmen. Daher die Veränderungen in der Fassung.

Zu Satz 94c.

Die zweite Kammer hat auf die besondere Hervorhebung der Werthpapiere neben den Waaren Gewicht gelegt. Wenn sich nun auch behaupten ließe, daß die Werthpapiere dieses besonderen Satzes nicht bedürfen, weil in den Waaren mitenthalten: so räumen wir doch ein, daß in dem Interesse der wünschenswerthen Evidenz diese Hinzufügung der Handelswelt Nutzen bringend sich erweisen könne.

Zu Satz 95.

Dieser Satz ist schon in seiner ursprünglichen Fassung des Handelsrechts dazu bestimmt, den s. g. Platzgeschäften diejenigen Vortheile zu entziehen, welche in den vorhergehenden Sätzen den zu den Platzgeschäften nicht gehörigen eingeräumt sind.

Die Frage ließe sich aufwerfen, ob in der heutigen Zeit, wo zwischen Platzgeschäften und andern seit Einführung der Eisenbahnen und Telegraphen kaum noch ein bemerkenswerther Unterschied besteht, diese ganze Sonderung nicht füglich aufgegeben werden könnte. (Vergl. Gelpke, Zeitschrift für Handelsrecht, Heft 2, p. 91 ff.) Darauf wird jedoch zu erwiedern sein, daß im Interesse der Conformität des Handelsrechts ein kleinerer Staat gut thun werde, in solchen Dingen den größeren die Initiative zu überlassen.

Auch die andere Frage hat Ihre Commission sich vorgelegt, ob nicht dieser ganze Satz 95 zu streichen sei. Da nämlich die Vortheile der vorausgehenden Sätze den Kaufbesorgern ausdrücklich nur für solche Geschäfte eingeräumt sind, welche nicht Platzgeschäfte sind: so ergibt sich das, was in Satz 95 gesagt wird, als eine selbstverständliche Consequenz. Der Satz ist in Wahrheit nichts Anderes, als ein Stück Commentar in Gesetzesform. Deßhalb würden wir auf seinen Strich antragen, wenn es um ein ganz neu zu bildendes Gesetz sich handelte. Gegenüber dem Landrechte aber glauben wir, daß man mit schonender Hand auf die absolut nothwendigen Veränderungen sich beschränken solle und erheben daher gegen das Fortbestehen des Satzes keine Einwendung.

Auch darin sind wir mit dem Entwurfe einverstanden, daß dieser Satz einer andern Fassung bedürfe, als diejenige ist, in welcher unser gegenwärtiges Handelsrecht ihn bietet; denn es ist diese durch unrichtige Uebersetzung fast ohne Sinn. Wir haben noch einige kleinere, sich von selbst rechtfertigende Modificationen vorgeschlagen, insbesondere im Interesse des möglichst genauen Anschlusses an den französischen Text.

Was endlich den von uns neu hinzugefügten

Satz 102b

betrifft, so ist darüber nach dem oben Gesagten nichts weiter zu bemerken.

Auf Grund der vorstehenden Erörterungen schlagen wir schließlich folgende Fassung des Gesetzes vor:

Artikel I.

Die Sätze 92 und 95 des Handelsrechts werden aufgehoben und durch nachfolgende Bestimmungen ersetzt:

Satz 93.

Der Kaufbesorger, dem Waaren von einem andern Platze zum Verkauf für Rechnung eines Bestellers oder zur Aufbewahrung zugeschickt werden, hat wegen aller aus

dieser oder einer andern Verkaufs- oder Einkaufsbesorgung entstandenen Forderungen ein Innebehaltungsrecht auf die Waaren, so lange dieselben in seinen Vorathshäusern oder in einer öffentlichen Niederlage zu seiner Verfügung liegen, oder sobald er, auch vor ihrer Ankunft, durch einen Schiffsladschein oder Frachtbrief beweisen kann, daß sie an ihn abgesendet sind.

Satz 94a.

Wenn der Kaufbesorger die von einem anderen Platze zugeschickten Waaren nicht dem erhaltenen Auftrag gemäß verkaufen kann, oder wenn der Auftrag beschränkt oder widerrufen worden ist, oder wenn er dahin ging, die Waaren bis auf nähere Verfügung an sich zu behalten, so kann er von dem Bezirksgericht seines Wohnsitzes die öffentliche Versteigerung der Waaren oder eines Theils davon zu seiner Befriedigung anordnen lassen.

Er muß jedoch die Richtigkeit seiner Ansprüche, und daß er den Besteller brieflich gemahnt, bescheinigen.

Dieses Recht hat der Kaufbesorger auch gegenüber von andern Gläubigern und der Gantmasse des Bestellers.

Satz 94b.

Das in Satz 93 bestimmte Innebehaltungsrecht, so wie das in Satz 94a bestimmte Recht auf Versteigerung steht auch demjenigen Kaufbesorger zu, der für Rechnung eines an einem andern Platze wohnenden Bestellers Waaren eingekauft hat.

Satz 94c.

Was in den Sätzen 93, 94, 94a und 94b von Waaren gesagt ist, findet auch auf Werthpapiere Anwendung.

Satz 95.

Darlehen, Vorschüsse und Zahlungen eines Zwischenhändlers auf Waaren, welche von einer an dem nämlichen Orte wohnenden Person bei ihm hinterlegt oder ihm zum Verkauf angewiesen worden sind, erlangen nur durch Beobachtung der landrechtlichen Vorschriften über den Faustpfandvertrag Vorrechte auf diese Waaren.

Art. 11.

Das zweite Kapitel des VI. Titels des Handelsrechts erhält folgenden Zusatz;

Satz 102b.

Der Waarenversender hat auf die zugeschickte Waare wegen der dafür aufgelaufenen Gebühren und Auslagen ein Innebehaltungsrecht und kann solches nöthigen Falls nach der im Satze 94a bezeichneten Weise geltend machen.

II.

Ueber die Nothwendigkeit einer Stellung vor Gericht durch die Dienstbehörde, wenn ein öffentlicher Diener in seinem Amte eine Ehrenkränkung gegen Jemanden verübt.

§. 9 des Gesetzes vom 5. Februar 1851.
Oberh. Jahrb. n. F. VI. S. 125. VIII. S. 611 ff.
Annalen XIII. S. 147. XXI S. 209.

Ein Bürgermeister hatte bei der ihm vom Amte aufgetragenen Eröffnung des amtlichen Erkenntnisses, wodurch ein Bürger von der gegen ihn erhobenen Anschuldigung eines Diebstahls freigesprochen worden, demselben bemerkt, daß er von seinem gestohlenen Brette freigesprochen sei.

Der Bürgermeister wurde hiefür wegen einer bei Ausübung seines Dienstes verübten Ehrenkränkung bestraft. Das großh. Oberhofgericht erkannte am 16. Februar d. J., daß das hofgerichtliche Urtheil aufzuheben und auszusprechen sei, es sei kein Grund zu weiterer gerichtlicher Verfolgung vorhanden.

Gründe.

Die Anklage ist wegen einer Ehrenkränkung erhoben, welche Bürgermeister Biehler bei der ihm aufgetragenen Verkündung eines polizeilichen Straferkenntnisses gegen den Ankläger verübt haben soll. Es handelt sich demnach um ein einem öffentlichen Diener (cf. §. 657 St.G.B.) bei einer Amtshandlung zur Last gelegtes Vergehen, das zu Folge der Bestimmung des §. 703 des St.G.B. als ein Amtsvergehen zu betrachten ist und dessen strafrechtliche Verfolgung daher nach §. 9 des Einführungsgesetzes vom 5. Febr. 1851 ohne Genehmigung der zuständigen Dienstbehörde nicht stattfinden durfte.

Da nun diese Genehmigung, welche früher nicht eingeholt worden und worüber deßhalb die Erklärung nach-

träglich in der Rekursinstanz zu erheben war, von der zuständigen Dienstbehörde verweigert worden ist, so fehlt es an den gesetzlichen Voraussetzungen, unter welchen eine gerichtliche Verfolgung des Angeklagten wegen obigen Vergehens zulässig gewesen wäre und kann darum das ergangene hofgerichtliche Straferkenntniß nicht zu Recht bestehen, weßhalb dasselbe aufgehoben werden mußte.

Hgr.

III.

Hat derjenige, welcher eine mehrjährige Gefängnißstrafe zu erleiden hat, schon durch die Erstehung dieser Strafe allein einen Wohnsitz an dem Orte, wo das Gefängniß sich befindet?

L.R.S. 103. 105.

Tritt das gleiche ein, wenn der Verurtheilte ein Offizier war, der zugleich seines Dienstes verlustig erklärt wurde?

Ein Offizier, welcher in ein zu Mannheim garnisonirendes Regiment eingereiht war, wurde durch kriegsgerichtliches Urtheil zu mehrjähriger Festungsstrafe verurtheilt, und seines Dienstes verlustig erklärt. Nachdem der Verurtheilte auf die Festung Rastadt zur Erstehung seiner Strafe abgeführt worden war, wurde er von einem Gläubiger mit einer Klage aus Kauf vor dem großh. Oberamte Rastadt belangt. Dieses wies die Klage als hier nicht stattfindend ab. Das mittelrheinische Hofgericht, an welches der Kläger gegen diese Ladungsversagung appellirte, bestätigte das amtliche Urtheil aus folgenden

Gründen:

Wenn nach dem Vortrage des Klägers es anzunehmen ist, daß Beklagter als durch kriegsgerichtliches Urtheil aus dem großh. Militärdienste entlassen, damit gemäß dem Gesetze vom 6. April 1854 den bürgerlichen Gerichten unterworfen wurde, so ist noch keineswegs nachgewiesen, daß derselbe auch da, wo er bisher seinen Wohnsitz hatte, ihn fernerhin nicht mehr beizubehalten gedenke. Lediglich deßhalb weil Beklagter in Rastadt eine mehrjährige Festungsstrafe abbüße, soll dort auch sein Wohnsitz sein. Allein so wenig bei anderen Strafgefangenen ihre gezwungene zeitweise Anwesenheit an einem Strafort den allgemeinen Gerichtsstand bei dem betreffenden Bezirksgerichte zu begründen vermag, da vielmehr der frühere Wohnsitz bei unveränderten sonstigen Verhältnissen bestehen bleibt, so kann auch blos die Thatsache, daß Beklagter seinen Dienst in Mannheim verloren habe, und sich nun in Rastadt zur Straferstehung aufhalte, seinen Gerichtszwang an letzterem Orte nicht herbeiführen, zumal aus den vom Kläger vorausgeschickten Umständen, welche die Veränderung der Wohnung veranlaßten, keineswegs die Absicht des Beklagten, auch dahin seine Hauptniederlassung verlegen zu wollen, abgeleitet werden darf. L.R.S. 103. 105.

D.

IV.

Ueber die Auslegung der §§. 1042. 1043 Pr.O. und insbesondere darüber, daß eine Vollstreckung nur insofern von dem Antrage der Gläubiger auf Ganteröffnung und von dem Ganterkenntniß ergriffen wird, als sie nicht zufolge §. 1041 Pr.O. für beendigt gilt.

(Vergl. Annalen XXII. No. 34 Seite 268 und No. 36. Seite 287.)

Zwei Gläubiger des Melchior Spänle, nämlich die Appellaten Apotheker Schulz und Amtschirurg Schmoll, haben nicht nur wegen dessen Ueberschuldung nach Maßgabe von §. 779. 780 Pr.O. Ganterkenntniß gegen denselben beantragt, worüber hier jetzt kein Streit mehr ist, sondern auch gleichzeitig bewirkt, daß wegen jenes Antrags ein Einhaltsbefehl bezüglich der von dem Appellanten Carl Schmelzer betriebenen Zwangsversteigerung der Liegenschaften ihres Schuldners erging, wogegen Carl Schmelzer deßhalb Einsprache erhob, weil das Vollstreckungsverfahren beendet sei. Da sich aus den Vollstreckungsakten ergibt und von den Einsprachsbeklagten zugestanden ist, daß bei Erlassung des Einhaltsbefehls der endgültige Zuschlag bereits ertheilt war, so erscheint die Einsprache des Carl Schmelzer als wohl begründet.

Denn §. 1042 Pr.O. schreibt vor, daß der Antrag der Gläubiger auf Ganterkenntniß nur die Vollendung einer angefangenen Vollstreckung und auch diese nur insoweit hemme, daß die Ausfolgung der Ergebnisse der Vollstreckung zu untersagen ist, woraus ein Doppeltes folgt, einmal nämlich, daß nur angefangene, — nicht auch bereits beendigte Vollstreckungen hierunter fallen, und daß selbst jene nicht unbedingt, sondern nur hinsichtlich der Ausfolgung der Ergebnisse der Vollstreckung aufgehalten, mithin bis zu diesem letzten Akte fortgesetzt werden.

Wann aber eine Vollstreckung als beendigt gilt, sagt der unmittelbar vorhergehende Pr.O. §. 1041, wo denn auch namentlich bezüglich der Zwangsversteigerungen der erfolgte Zuschlag als Endpunkt des Vollstreckungsverfahrens bezeichnet ist, mithin war die hier in Frage stehende Vollstreckung beendet und konnte wegen des Antrags auf Ganterklärung nicht mehr sistirt werden.

Aus diesen Gründen hob das mittelrheinische Hofgericht durch Urtheil vom 29. März l. J. den vom Unterrichter ertheilten Einhaltsbefehl wieder auf.

Mit dieser Entscheidung steht auch die Bestimmung des §. 1043 der Pr.O. über die Wirkung des Ganterkenntnisses auf die Vollstreckung im Einklang, da die dort festgesetzte Frist, innerhalb welcher das Ganterkenntniß ergangen sein muß, um die Ergebnisse der Vollstreckung dem betreibenden Gläubiger entziehen und zur Gantmasse ziehen zu dürfen, jene ist, welche der erste Satz von Pr.O. §. 1040 in Verbindung mit §. 1041 vorschreibt, wie sich aus der Fassung „den Gläubigern im Allgemeinen" und aus von Weiler, Motive S. 74 zu §. 837. 838 ergibt. Stempf, Gantverfahren II. Auflage S. 62 lit. j. S. 117. Annalen XVII. S. 427. Magazin Bd. II. S. 454. Da übrigens der Gantrichter nicht in der Lage ist, bezüglich jeder einzelnen von möglicher Weise sehr zahlreichen Vollstreckungen bei Erlassung der durch Pr.O. §. 798 801 gebotenen Sicherungs-Verfügungen zu prüfen, ob sie im Sinne von §. 1041 der Pr.O. beendigt ist, so wird er diese Maaßregeln allgemein anordnen und den betreibenden Gläubigern überlassen, ihre Rechte nach Maaßgabe von Pr.O. §. 1043 zu wahren, worauf die Fassung von dessen zweitem Absatze hindeutet. Vergl. Pr.O. §. 859.

P.

V.

Beschwerdesumme.

Zur Auslegung des §. 1192 der Pr.O.

Barth-Henrich gegen Bassermann.

Der Kläger hatte in einer Handelssache 547 fl. 27 kr. an den Beklagten gefordert, von welchem der ganze Anspruch bestritten worden ist.

Durch ein schiedsrichterliches Urtheil war der Beklagte zur Zahlung von 466 fl. 12 kr. mit 6 pCt. Zinsen vom 14. Dezember 1854 an verurtheilt, der Kläger dagegen verhalten, einen Betrag von 81 fl. 10 kr. auf sich zu nehmen.

In Folge der vom Beklagten eingewandten Appellation wies das hofgerichtliche Urtheil den Kläger mit seiner ganzen Forderung ab.

Die gegen dieses Urtheil ergriffene Oberberufung wurde unterm 11. April l. J. als unstatthaft verworfen.

Gründe.

Gegen die erstinstanzliche Abweisung mit dem Betrage von 81 fl. 10 kr. hatte sich Kläger wenigstens im Wege der Adhäsion beschwert und es liegt somit, so weit sich die eingelegte Oberberufung auf jenen Betrag bezieht, in Ansehung dessen das hofgerichtliche Urtheil eine Bestätigung enthält, der Fall des §. 1192 Abs. 2 der Pr.O. vor, daß die Oberberufungssumme 1000 fl. betragen sollte, die nun aber nicht vorhanden ist.

Hinsichtlich des andern durch das hofgerichtliche Urtheil abgewiesenen Theils der Klagsumme liegt dagegen auch die durch jene Gesetzesstelle geforderte Beschwerdesumme von 500 fl. nicht vor, da sich der ganze Betrag mit Einschluß der Zinsen nach der eigenen — dem §. 1127 Ziff. 2 der Pr.O. entsprechenden, — Berechnung des Oberappellanten nur auf 496 fl. 25 kr. beläuft rc.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 20.

I.

Rechtsfall.

1) Ist eine unrichtige Belehrung über die Fristen zur Anmeldung und Ausführung der Appellation ein Grund zur Wiederherstellung gegen die Versäumung der Nothfristen? Bejahend entschieden von dem großh. Hofgericht des Seekreises.

2) Ist eine Hingabe von Fahrnissen an Zahlungsstatt schon darum als zum Abbruch der Rechte der Gläubiger geschehen zu betrachten, weil die Gantmäßigkeit dessen, der die Fahrnisse an Zahlungsstatt hingibt, zur Zeit des Vertragsabschlusses den Partheien bekannt war, und außerdem aus den Umständen hervorgeht, daß eine Bevorzugung eines Gläubigers zum Nachtheil aller andern durch die Hingabe bezweckt wurde? Bejahend entschieden von dem großh. Hofgericht des Seekreises und von dem großh. Oberhofgericht.

Martin Müller begehrte auf den Grund eines öffentlichen Vertrags vom 12. September 1854, in welchem sein Sohn, Theopham Müller, ihm seine sämmtlichen Fahrnisse an Zahlungsstatt für eine Schuld von fl. 7500 überließ, wobei jedoch bedungen war, daß diese Fahrnisse im Besitz des Sohnes verbleiben sollten, die Herausgabe dieser Fahrnisse aus der Gantmasse seines Sohnes. Der Gantanwalt erkannte zwar die Forderung des Martin Müller an, setzte aber dem Vertrag vom 12. September 1854 die Einrede der Nichtigkeit, weil er zum Abbruch der Rechte der Gläubiger geschlossen sei, entgegen, worauf Kläger auch mit seinem Begehren abgewiesen wurde. Er ergriff die Berufung an das großh. Hofgericht des Seekreises, hatte aber sowohl die Frist zur Anzeige wie zur Einführung dieses Rechtsmittels versäumt, und suchte deßhalb um Wiederherstellung nach, weil der Unterrichter ihn über die Fristen der ordentlichen Appellation belehrt und ihn dadurch zu dem Irrthum verleitet habe, daß die gewöhnlichen Fristen hier Platz greifen. Das großh. Hofgericht ertheilte die nachgesuchte Wiederherstellung, bestätigte aber das amtliche Urtheil in der Hauptsache.

Entscheidungsgründe.

Nach §. 816 der Pr.O. sind alle im Gantverfahren vorkommenden Prozeßhandlungen in den Formen des abgekürzten Verfahrens zu pflegen und nach §. 1184 P.O. sind für alle Fälle, für welche dieses Verfahren in erster Instanz vorgeschrieben ist, die Nothfristen der Appellationanmeldung und Ausführung auf 8 und beziehungsweise 21 Tage beschränkt.

Im vorliegenden Fall wurde das Ganturtheil dem Appellanten am 17. Januar d. J. eröffnet, die Appellationsanzeige kam erst am 30. Januar und die Appellationsausführung am 19. Februar d. J. ein. Beide Nothfristen sind hiernach versäumt. Der Unterrichter hat jedoch bei Eröffnung des Ganturtheils den Appellanten irrthümlich über die Nothfristen der ordentlichen Appellation belehrt und ihm hierüber nach Vorschrift des §. 348 der Pr.O. eine gedruckte Belehrung zugestellt. Diese Nothfristen sind eingehalten und wegen Versäumung der abgekürzten Nothfristen ist auf den Grund der irrigen Belehrung durch den Unterrichter nachträglich um Wiederherstellung gebeten.

Dieselbe war zu ertheilen, obgleich die Pr.O. hierüber keine besondere Bestimmung enthält, indem die in §. 1157 Pr.O. vorgesehenen Wiederherstellungsgründe hier keine

Anwendung finden und aus der Bestimmung des §. 348 Pr.O. ebenfalls sich nichts ableiten läßt. Wenn nämlich am letztern Orte gesagt ist, daß das Unterlassen der vorgeschriebenen Belehrung kein Wiederherstellungsgrund sei, so folgt daraus nicht, daß die irrige Belehrung einen solchen abgebe, weil im §. 348 nur der allgemeine Grundsatz, daß die Parteien auch ohne besondere richterliche Belehrung ihre Rechtszuständigkeiten kennen sollen, in Bezug auf einen einzelnen Fall wiederholt, also keine Ausnahme statuirt wird, und deßwegen der auf einer unrichtigen Anwendung des argumenti e contrario beruhende Schluß, daß für den rechtsähnlichen Fall der irrigen Belehrung eine Ausnahme statuirt werden wollte, unzulässig ist. Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. XIII. S. 369. Eben so unstatthaft ist aber die Ansicht, daß die irrige Belehrung aus Gründen der Rechtsähnlichkeit dem Unterlassen gleichstehe. Denn in letzterem Falle ist die Partei veranlaßt, im Gesetze selbst sich Raths zu erholen und ein Irrthum über die betreffende Gesetzesvorschrift wäre daher ein selbstverschuldeter, während im ersten Fall die Partei durch das Gesetz ausdrücklich an den Richter verwiesen ist, und deßwegen allen Grund hat, seine Belehrung zu befolgen. Beide Fälle stehen daher einander rechtlich nicht gleich, weßhalb eine analoge Anwendung des §. 348 nicht statt findet.

Zentner, Rechtmittel, Anmerkung 5 zu §. 1142 Pr.O.

Dagegen ergibt sich die Nothwendigkeit, Wiederherstellung wegen eines derartigen Rechtsirrthums zu ertheilen, aus allgemein prozessualischen Grundsätzen.

Die im Civilrecht allerdings streng anzuwendende Bestimmung des L.R.S. 1 b, wonach Rechtsirrthum unbedingt schadet, weil Jedermann das Gesetz kennen soll und deßwegen bei jedem Rechtsirrthum ein Verschulden des Irrenden unterstellt wird, — findet nämlich im Prozeßrecht in dieser Unbeschränktheit keine Anwendung. Wenn die Pr.O. vorschreibt, nicht nur zu jeder einzelnen Prozeßhandlung die Parteien besonders anzuweisen und sie vor den Rechtsnachtheilen des Unterlassens zum Voraus zu verwarnen, sondern auch im Allgemeinen belehrend in den Prozeßgang einzugreifen, die Parteien auf ihre Befugnisse und Pflichten aufmerksam zu machen und darauf hinzuwirken, daß dieselben nicht durch Verletzung von Prozeßformen zu Schaden kommen (vergl. Pr.O. §. 634), so geht dieselbe sichtlich nicht von der Unterstellung aus, daß die Parteien ihre prozessualischen Rechtszuständigkeiten kennen und kennen müssen. Im Gegentheil berechtigen die angeführten Grundsätze zu dem Schluß, daß jedenfalls in dem Falle, wo der Richter speziell angewiesen ist, die Parteien mit den Prozeßformen bekannt zu machen, das Gesetz eine Unkenntniß vermuthet und darum die Parteien an die Belehrung des Richters verweist und daß es folgerichtig kein Verschulden unterstellen darf, wenn eine Partei wegen irriger Belehrung durch den Richter einen Rechtsirrthum begeht. Darum muß ein solcher unverschuldeter Rechtsirrthum über eine prozessualische Vorschrift unnachtheilig und folgeweise die Möglichkeit gegeben sein, gegen eine darauf beruhende Versäumung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erlangen.

Diese ohnehin dem natürlichen Rechtsgefühl, wie dem Geiste der Pr.O. entsprechende Zulassung der Wiedereinsetzung findet überdieß eine Unterstützung in der ebenfalls nur auf Gründen der Billigkeit beruhendenden Vorschrift des §. 151 der Pr.O., wonach auch gegen Versäumnisse der Anwälte, mögen dieselben in einem Irrthum über Prozeßvorschriften oder in einer sonstigen Nachlässigkeit ihren Grund haben, eine Wiederherstellung stattfindet.

Aus diesen Gründen wurde die Wiederherstellung des Appellanten gegen den Ablauf der Nothfristen ausgesprochen.*)

Dagegen war in der Hauptsache das unterrichterliche Urtheil zu bestätigen.

Liquidant Martin Müller stützt nämlich sein behauptetes Eigenthumsrecht an den den Streitgegenstand bildenden Fahrnissen auf den öffentlichen Vertrag vom 12. September 1854, womit ihm dieselben von seinem Sohne, dem nachmaligen Gantschuldner Theophant Müller an Zahlungsstatt für eine Forderung überlassen wurden. Dieses Rechtsgeschäft stellt sich jedoch als ein zur Gefährde der übrigen Gläubiger abgeschlossenen Scheinvertrag dar.

Wenn auch Martin Müller's Forderung, welche durch Ueberlassung der Fahrnisse angeblich getilgt wurde, an sich richtig ist, so liegt schon darin eine unredliche, die

---

*) Es könnte fast scheinen, daß ein solcher Ausspruch nicht einmal nöthig war, indem die Partei, welche sich nach der richterlichen Belehrung richtet und die ihr erklärten Fristen einhält, nicht säumig genannt werden kann. Eine Partei aber, welche nicht säumig und nicht ungehorsam ist, bedarf keiner Nachsicht und Wiederherstellung. D. R.

übrigen Gläubiger gefährdende Handlung, daß der Gantschuldner Theophant Müller kurz vor seiner Flucht und Ganterklärung, also im Bewußtsein seiner Zahlungsunfähigkeit, einen einzelnen Gläubiger durch Ueberlassung von Fahrnissen vollständig befriedigt, während er verpflichtet war, sein Vermögen zu gleichmäßiger Befriedigung aller seiner unbevorzugten Gläubiger zu verwenden. L.R.S. 2093.

Deßwegen und da der befriedigte Gläubiger Martin Müller ebenfalls nicht in gutem Glauben handelte, weil er die Zahlungsunfähigkeit seines Sohnes theils aus den früheren Gantverhandlungen, theils aus dem Inhalt des angefochtenen Vertrags selbst kennen mußte, und dennoch ohne Rücksicht auf andere gleichberechtigte Gläubiger fast unmittelbar vor dem Gantausbruch sich das gesammte Fahrnißvermögen an Zahlungsstatt zuweisen ließ, erscheint jener Vertrag als ein unter die Bestimmung des L.R.S. 1167 und §. 798 Pr.O. fallendes zur Gefährde der Gläubiger eingegangenes und darum nichtiges Rechtsgeschäft.

Der angefochtene Vertrag ist übrigens außerdem als ein Scheingeschäft wirkungslos. Denn die Thatsache, daß die an Zahlungsstatt hingegebenen Fahrnisse nicht in den Besitz des Gläubigers kamen, sondern dem Schuldner auf unbestimmte Zeit zur Benützung überlassen wurden, daß ferner unter den abgetretenen Fahrnissen eine Menge verzehrbarer Gegenstände, wie Futterkräuter, Brodfrüchte 2c. sich befanden, beweist klar, daß der Gläubiger in der That für seine Forderung keine unmittelbare Befriedigung, die ihm nur durch wirkliche Besitzergreifung werden konnte, sondern nur ein Sicherungsmittel sich verschaffen wollte, und daß es ebendeßwegen nicht die Absicht der Contrahenten war, das Eigenthum an den Fahrnissen zu übertragen, beziehungsweise zu erwerben, sondern einen verstickten Faustpfandvertrag abzuschließen. Hat aber Martin Müller durch den Vertrag kein Eigenthum erworben, so kann er auch keine Eigenthumsansprüche auf die Fahrnisse erheben, und ebensowenig ist das Rechtsgeschäft als Faustpfandvertrag aufrecht zu erhalten wegen Mangels der Voraussetzungen des L.R.S. 2076.

Aus diesen Gründen — und da gemäß §. 829. 884 Abs. 2 der Pr.O. der Gantanwalt zur Beanstandung der vom Liquidanten geltend gemachten Ansprüche, sowie zur Vertretung der unbevorzugten Gläubiger in 2. Instanz legitimirt ist, — wurde der Vertrag mit Recht angefochten, weßhalb das unterrichterliche, den Liquidanten mit seinen Eigenthumsansprüchen auf die erwähnten Fahrnisse abweisende Urtheil zu bestätigen war."

Martin Müller ergriff gegen dieses bestätigende Erkenntniß die Oberberufung, die Gantmasse adhärirte, weil die Wiederherstellung erkannt worden war. Das großh. Oberhofgericht bestätigte das hofgerichtliche Erkenntniß in der Hauptsache, ohne über die Adhäsion zu erkennen. *)

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Mit Recht haben schon die Richter der vordern Instanzen den auf L.R.S. 1167 beruhenden Einwand gegen den Vertrag vom 12. September 1854 als wohlbegründet angesehen, auch unterliegt es keinem Zweifel, daß die Gantgläubiger, welche laut amtlichem Protokoll vom 31. Oktober 1854 die Durchführung dieses Rechtsstreits beschlossen und den Anwalt Marquier sammt dem Gantanwalt Mathä Hönz damit beauftragt haben, zur Erhebung berechtigt sind.

Nach L.R.S. 1167 können nemlich die Gläubiger in eigenem Namen jene Handlungen anfechten, die ihr Schuldner zum Abbruch ihrer Rechte unternimmt. Hiezu ist zwar, so weit belastete Verträge in Frage stehen, eine Gefährde der beiderseitigen Vertragspersonen erforderlich; allein ihre Gefährde ist schon dann als vorhanden anzunehmen, wenn ihnen bekannt war, daß durch den abzuschließenden Vertrag die Rechte der Gläubiger beeinträchtigt werden. Eine solche Gefährde ergibt sich aber zur Genüge aus dem Vertrage vom 12. September 1854 selbst, und aus den Umständen, unter welchen er abgeschlossen wurde.

Gegen Theophant Müller war nemlich schon im Jahr 1850 Gant erkannt worden, und sein Vater Martin Müller hatte damals eine Forderung von 1885 fl. gegen ihn angemeldet. Diese Gant wurde durch einen Stundungsvergleich erledigt, indem der Schuldner sich verbindlich machte, die angemeldeten Forderungen nebst Zinsen in 5 Terminen und zwar auf Martini 1851. 1852. 1853. 1854 und 1855 zu bezahlen, wobei der Vater Müller sich den Gläubigern theilweise verbürgte, und ihnen im

*) Ein Erkenntniß über die Adhäsion hätte nur dann gegeben werden müssen, wenn die Beschwerde des Oberappellanten gegen das Urtheil in der Hauptsache für begründet erachtet worden wäre, weil es sich unter dieser Voraussetzung gefragt haben würde, ob der Kläger mit seinen Beschwerden in zweiter Instanz noch gehört werden durfte? D. R.

Allgemeinen zusagte, seinen Sohn thunlichst zu unterstützen. Dieser erfüllte aber seine durch den Vergleich eingegangenen Verpflichtungen nicht, weßhalb verschiedene Gläubiger wieder klagend gegen ihn auftraten und ihre Forderungen zum Theil im Vollstreckungswege betrieben. So hat namentlich die Stadtkasse Schaffhausen ihn im Jahr 1854 wegen eines Zinsrückstandes von 1464 fl. 4 kr. pfänden lassen. Die Pfändung wurde am 6. Mai vorgenommen und am 16. September 1854 durch Versteigerung der gepfändeten Fahrnisse vollzogen. Aus solchen wurden aber nur 474 fl. 58 kr. erlöst, weßhalb wegen der Restforderung alsbald eine Nachpfändung vorgenommen wurde. Unterdessen hatte aber Theophant Müller durch den Vertrag vom 12. September 1854 seine Fahrnisse seinem Vater zur Tilgung einer Forderung desselben von 7500 fl. eigenthümlich überlassen, war übrigens dem Vertrage gemäß im Besitz der Fahrnisse geblieben. Auf den Grund dieses Vertrags erhob der Vater Müller am 29. September 1854 gegen die zu Gunsten der Stadtkasse Schaffhausen vorgenommene Nachpfändung Einsprache und beantragte am 7. Oktober 1854, daß gegen seinen Sohn, der jetzt auch flüchtig geworden und nach Amerika abgereist war, wieder Gant erkannt werde. Bei der in Gemäßheit dieses Antrags erkannten Gant ergab sich eine sehr bedeutende Ueberschuldung, da aus sämmtlichen Liegenschaften nur 24,000 fl. erlöst wurden, während allein die Obligationsforderung der Stadtkasse Schaffhausen sammt Zins ungefähr 30,000 fl. betrug.

Diese Gantmäßigkeit war offenbar schon zur Zeit des Vertragsabschlusses am 12. September 1854 vorhanden, und es ergibt sich aus allen Umständen, daß sowohl dem Vater als dem Sohne Müller solche damals auch wohl bekannt war. Es geht dies insbesondere auch aus dem Inhalte des Vertrags hervor, wornach der Vater die Fahrnisse seines Sohnes, selbst die ihm zum Betrieb seiner ausgedehnten Landwirthschaft unentbehrlichen, für die Bauschsumme von 7500 fl. an Zahlungsstatt eigenthümlich übernahm, solche aber seinem Sohne ohne alle Gegenleistung auf unbestimmte Zeit zur Benützung überließ, und selbst diejenigen hievon nicht ausnahm, welche nur durch Verbrauch benutzt werden konnten. Es mußte hiebei dem Vater Müller, wie dem Sohne einleuchten, daß durch den Vertrag die Rechte der übrigen Gläubiger des Letztern beeinträchtigt würden. Diese hatten nach L.R.S. 2093 ein Recht darauf, daß eine verhältnißmäßige Vertheilung des vorhandenen Vermögens unter sämmtlichen Gläubigern eintrete, soweit nicht rechtmäßige Ursachen vorhanden waren, einen der Gläubiger dem andern vorgehen zu lassen. Ein Vorzugsrecht irgend einer Art stand aber dem Martin Müller nicht zu, und er sowohl wie der Schuldner Theophant Müller handelte daher gefährdevoll, als er zum Nachtheil der übrigen Gläubiger die Fahrnisse seines Sohnes an Zahlungsstatt übernahm.

Der Vertrag erscheint hiernach in Folge der dagegen geltend gemachten Anfechtung wirkungslos, und der Oberappellant ist durch die Urtheile der vordern Instanzen nicht beschwert. Daß aber der oberappellatische Theil dadurch nicht beschwert sein kann, bedarf keiner Ausführung, weßhalb auf die Frage, ob dessen Adhäsion zulässig und begründet sei, nicht eingegangen zu werden braucht.

Aus diesen Gründen 2c.

Dr. Ladenburg.

II.

Rechtsfall

über

Geschäftsführung, Subrogation und Nutzverwendung.

Wir theilen diesen Fall hauptsächlich wegen bemerkenswerther Verschiedenheit der Ansichten mit, welche in der Anwendung des Gesetzes auf ein an sich klares Factum zu Tag getreten sind.

Am 8. März 1854 hinterlegte der Stiftungsverwalter Fr. X. Spies zu Ettlingen bei der Allgemeinen Versorgungsanstalt zu Karlsruhe die zur Stiftungskasse gehörige Summe von 2500 fl. gegen einen Schein, welcher den betreffenden Stiftungsakten angeheftet wurde.

In diesem Scheine machte sich die Versorgungsanstalt verbindlich, genannte Summe vom 1. April 1854 an mit jährlichen 3 pCt. zu verzinsen und dieselbe auf Verlangen des Creditors, nach §. 123. 124 und 125 der Statuten in landesüblichen Münzsorten zurück zu zahlen.

Die Rückzahlung erfolgte schon wieder am 1. April 1854 gegen folgende Urkunde:

Ettlingen, den 1. April 1854.

Großh. Stiftungen-Verwaltung Ettlingen.

Quittung.

No. 3275. Wir bescheinigen hiermit der Allgemeinen

Versorgungsanstalt zu Karlsruhe den richtigen und baaren Empfang von

Zweitausend fünfhundert Gulden.

Der Hinterlegungsschein d. d. Karlsruhe, den 8. März 1854, sub. No. 364 folgt hiermit zurück.

(L. S.) Spies.

vdt. Fr. Goll,
Verwaltungspracticant.

A.R.No. 1531. Die Aechtheit vorstehender Unterschriften wird hiermit unter Beidrückung des Dienstsiegels beurkundet.

Ettlingen, den 1. April 1854.

Großh. Amtsrevisorat.

(L. S.) Laumann.

Wie Verwalter Spies unterm 30. Mai 1854 bei dem großh. Bezirksamte Ettlingen persönlich anzeigte, suchte er einige Tage vorher den Hinterlegungsschein vom 8. März 1854, konnte aber denselben nicht finden und begab sich deßhalb am 29. Mai zu dem Cassier der Versorgungsanstalt, welcher ihm mittheilte, daß die hinterlegte Summe zu Anfang des vorigen Monats von seinem ehemaligen Gehilfen Friedrich Goll aus Karlsruhe auf Verweisen des Hinterlegungsscheins und einer mit seinem Namen versehenen, von dem großh. Amtsrevisorat beglaubigten Vollmachtsurkunde erhoben worden sei.

Diese Vollmachtsurkunde, eigentlich Quittung, war jedoch, wie sich Spies durch deren Einsicht augenblicklich überzeugte, von Goll gefälscht.

Spies erklärte nach, daß er sich dem einzuleitenden Untersuchungsverfahren namens der beschädigten Verwaltung anschließe, und stellte am Schlusse derselben unterm 4. September 1854 den Antrag, daß der von dem Untersuchungsrichter auf das Vermögen des flüchtigen Angeschuldigten verfügte Beschlag auch auf seine (des Spies) Entschädigungsforderung ausgedehnt werde.

Auf den Grund der gepflogenen Untersuchung, in welcher sich auch die Falschheit der Legalisation des großh. Amtsrevisorats ergab, wurde der mit seiner Geliebten Adeline Weber nach Amerika entwichene Fr. Goll durch Urtheil vom 16. Dezember 1854 der Fälschung einer öffentlichen Urkunde aus Gewinnsucht im Betrage von 2500 fl. für schuldig erklärt und deßhalb nicht blos zu einer Freiheits- und Geld-Strafe, sondern auch zum Ersatz des Schadens von 2500 fl. rc. verurtheilt.

Verwalter Spies will aber schon am 1. September 1854 den Ersatz an die Stiftungskasse geleistet und durch diese Zahlung die Geschäfte der Versorgungsanstalt nützlich geführt, beziehungsweise deren Nutzen befördert haben. Derselbe forderte daher in einer Klage vom 6. Dezember 1854 die am 8. März bei der Versorgungsanstalt hinterlegten und mittelst Schreiben vom 1. Juli gekündigten 2500 fl. nebst Zinsen zu 5 pCt. vom 1. September 1854 an die gedachte Anstalt, ohne davon Erwähnung zu thun, daß sich Goll auf die oben bemerkte Weise schon längst in den Besitz des hinterlegten Geldes gesetzt hatte.

Die Beklagte machte dagegen in der Vernehmlassung geltend, daß sie, dem §. 122 der Statuten gemäß, die hinterlegte Summe gegen Rückgabe des Scheins vom 8. März 1854 und gegen eine mit dem Dienstsiegel der Verwaltung und der Unterschrift des Verwalters Spies versehene, von großh. Amtsrevisorat Ettlingen beglaubigte Quittung am 1. April 1854 an den Gehilfen Goll ausbezahlt habe, für welchen der Kläger nach L.R.S. 1384 einstehen müsse.

Im Uebrigen wurde die Behauptung des Klägers, daß er die fraglichen 2500 fl. an die Stiftungskasse bezahlt, mit Nichtwissen beantwortet und daneben eingewendet, daß er keinenfalls einen Ersatz von der Beklagten fordern könne, weil ihm eine doppelte Fahrlässigkeit zur Last liege, indem er sowohl das Dienstsiegel als den Depositenschein unverschlossen in der für Jedermann zugänglichen Kanzlei habe liegen lassen, so daß sich sein Gehilfe Goll leicht in den Besitz dieser Gegenstände setzen und davon Mißbrauch machen konnte.

In der Replik suchte Kläger auszuführen, daß sich die Beklagte vergebens auf die an Goll geleistete Zahlung berufe, weil diese an einen unrechten Empfänger auf den Grund falscher Bescheinigungen geschehen sei.

Gerade die Umstände, von welchen nach dem Ergebniß der Untersuchung die Zahlung begleitet gewesen, wiesen auf ein grobes Verschulden der Beklagten hin, wogegen ihm ein solches nicht zur Last liege, da er den Hinterlegungsschein zu den Akten genommen und in einem mit Flügelthüren versehenen Kasten aufbewahrt habe, während die Siegel nicht bei jedem vorübergehenden Ausgange verschlossen zu werden pflegten.

Von der Ansicht ausgehend, daß die Klage rechtlich begründet und durch keinerlei Einreden entkräftet sei, machte der Unterrichter dem Kläger die Auflage zu beweisen:

„daß und wann er das am 8. März 1854 bei

der Beklagten hinterlegte Kapital von 2500 fl. an die Stiftungskasse zurückbezahlt habe."

Nachdem die Beweisantretung eingekommen war, gelangte die Sache in die Hände eines andern Referenten, welcher durch Urtheil vom 20. Juli 1855 den Kläger abwies und zwar deßhalb, weil er als Geschäftsführer gegen den ausgesprochenen Willen der Beklagten handelte, ohne die Nützlichkeit der Geschäftsübernahme, wie solche von dem Gesetz verlangt werde, behaupten zu können. Das Gleiche gelte auch von der versio in rem, da Nützlichkeit, nützliche Verwendung und Bereicherung gar nicht thatsächlich behauptet, und der spätere Schaden durch die Fahrlässigkeit des Verwalters allein möglich gemacht worden sei, wie derselbe hätte voraussehen können.

Dem großh. Hofgericht hiegegen schien die Klage nach Maasgabe der L.R.S. 1375a und 1251 No. 3 begründet, zugleich aber auch durch die Einrede des eigenen Verschuldens entkräftet, indem Kläger durch ungenügende Aufbewahrung des Hinterlegungsscheins, des Dienstsiegels und der Impressen dem Fr. Goll die Mittel zur Täuschung der Beklagten an die Hand gegeben habe. Das amtliche Urtheil wurde daher am 25. Oktober 1855 in zweiter Instanz bestätigt.

Auch die vom Kläger ergriffene Oberberufung hatte keinen günstigeren Erfolg, indem das großh. Oberhofgericht gleichfalls bestätigend erkannte.

Gründe:

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Beklagte verpflichtet ist, die bei ihr hinterlegten Gelder, nach vorheriger Kündigung, in den durch §. 124 der Statuten bestimmten Terminen und zwar in dem vorliegenden Falle nach L.R.S. 1937 entweder an die hinterlegende Stiftungsverwaltung oder an einen Gewalthaber derselben zurück zu geben.

Der Kläger fordert aber die Rückzahlung als Geschäftsführer der Beklagten für sich, indem er behauptet, die am 8. März 1854 von der Stiftungsverwaltung hinterlegten 2500 fl. Namens und für Rechnung der Versorgungsanstalt am 30 August 1854 aus eignen Mitteln in die Stiftungskasse zurückgegeben und hierdurch die Geschäfte der Beklagten nützlich geführt zu haben.

Gesetzt nun, es wäre die Rückzahlung und die Absicht das Geschäft der Beklagten nützlich zu führen, durch den Kläger nachgewiesen, so könnte derselbe doch nicht für berechtigt erachtet werden, hiefür Ersatz von der Beklagten zu fordern, weil er überall nicht geltend machte, daß er bei der angeblichen Zahlung von dem Stiftungsfond in dessen Rechte eingewiesen worden oder kraft Gesetzes in dieselben eingetreten sei. L.R.S. 1250 No. 1 und 1251 No. 3.

Dem in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen unterstellten Eintritt kraft Gesetzes steht sogar die Behauptung des Klägers entgegen, daß er seinerseits zur Erfüllung einer Verbindlichkeit der Beklagten rechtlich nicht verpflichtet gewesen sei!

In der Klage ist aber noch weiter angeführt, daß die Beklagte, ungeachtet der am 1. Juli 1854 erfolgten Kündigung, bis jetzt (im Dezember 1854) keine Zahlung an den Stiftungsfond geleistet habe, aus Gründen, welche Gegenstand späterer Verhandlung werden dürften ꝛc. Diese Gründe hat der Kläger selbst am 30. Mai 1854 zur gerichtlichen Kenntniß gebracht, um eine Untersuchung gegen seinen flüchtigen Gehilfen Fr. Goll zu veranlassen, welchem es durch Anwendung betrügerischer Mittel gelungen war, die Ausfolgung der fraglichen 2500 fl. am 1. April 1854 bei der Versorgungsanstalt zu erwirken. Hiernach war also dem Kläger bekannt, daß die Beklagte wirklich Gründe zu haben glaubt, die Zahlung an den Stiftungsfond zu verweigern.

Wenn aber der Kläger wußte, daß die Beklagte durch die Zahlung an Goll als angeblichen Gewalthaber der Stiftungsverwaltung, dem Fond gegenüber der unterm 8. März 1854 eingegangenen Verbindlichkeit entledigt zu sein vermeint, so konnte er unmöglich erwarten, daß die Beklagte eine durch ihn angeblich für ihre Rechnung an die Stiftungskasse geleistete Zahlung als ein nützliches Geschäft ansehen und daher diese Zahlung nachträglich genehmigen werde.

Die Nützlichkeit läßt sich auch um so weniger erkennen, als die Beklagte, wenn sie den vom Kläger geforderten Ersatz leisten würde, doch nicht sicher wäre, von dem Stiftungsfond selbst noch auf Rückgabe der bei ihr hinterlegten Summe in Anspruch genommen zu werden, weil der Kläger — wie schon gezeigt — nicht in dessen Rechte eingetreten ist.

Es ist demnach ebenfalls klar, daß der Kläger, soweit er sich als Geschäftsführer der Beklagten darzustellen sucht, gegen den Willen der Beklagten gehandelt haben mußte und nach Satz 1375a nur dann einen Ersatzanspruch

machen könnte, wenn ein Vermögenszuwachs oder eine Verbesserung für die Beklagte eingetreten wäre, was jedoch nach dem bisherigen nicht angenommen werden kann.

Daraus folgt noch weiter, daß von der eventuell behaupteten Nutzverwendung, die ohnedies aller sonstigen Begründung entbehrt, keine Rede sein kann.

Da sonach die Klage weder in der einen noch andern Richtung rechtlich begründet ist, so kann die Prüfung der dagegen vorgeschützten Einreden füglich umgangen werden.

A. d. Gr. x.

Bemerkung.

Nach heutigem Recht ist der Name, welchen eine Partei ihrer Klage gibt, ganz unerheblich; es kommt lediglich darauf an, ob das gestellte Begehren durch die angeführten Thatsachen begründet ist, gleichviel unter welchem Gesichtspunkt der Kläger die Sache betrachtet.

In dem vorliegenden Falle erblickte ein Votant, welcher auch der Meinung war, daß hier von Geschäftsführung und Nutzverwendung nicht die Rede sein könne, in dem Anspruch des Klägers nichts anderes, als eine verdeckte Entschädigungsklage, welcher man den wahren Namen zu geben unterließ, um nicht dem Einwand hervorzurufen: quod quis culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.

Wenn man nemlich mit gutem Grunde davon ausgeht, daß der Kläger die angeblich an den Stiftungsfond bewirkte Rückerstattung der hinterlegten 2500 fl. nicht für die Beklagte vollzogen habe, so stößt man von selbst auf die Frage: für wen anders denn die Zahlung geleistet worden sein mag? Die Antwort kann nur dahin ausfallen, daß sich der Kläger, welcher ja jede persönliche Verpflichtung von sich weist, genöthigt gesehen hat, für den Gehilfen Goll einzustehen, und die seiner Verwaltung anvertraute Kasse zu decken, wodurch er in einen Nachtheil versetzt wurde, den die Beklagte tragen und folglich ihm vergüten soll, weil sie die Unvorsichtigkeit begangen hat, das Geld an Goll zu verabfolgen.

Um nun über die Ersatzleistung, beziehungsweise doppelte Zahlung hinweg zu kommen, hielt die Beklagte der unter dem Titel einer Geschäftsführung, eventuell Nutzverwendung angebrachten Entschädigungsklage den L.R.S. 1148 a entgegen, nach welchem diese Klage nicht statt hat, wegen eines Schadens, welcher aus einer zu dem Versehen des Schuldners hinzu gekommenen Verschulden des Gläubigers entstanden ist.

Diese in longo et lato spruchreif verhandelte Einrede wurde dann auch in den vordern Instanzen für begründet und erwiesen, namentlich aber von dem großh. Hofgerichte für durchschlagend erachtet, und zwar mit Recht, da dem Kläger jedenfalls eine große Sorglosigkeit in Aufbewahrung des Depositenscheins zur Last liegt, zu dessen möglichst sicherem Verschluß er noch ganz besonders durch die Statuten der allgemeinen Versorgungsanstalt aufgefordert war, welche im §. 122 mit deutlichen Worten bestimmen, daß Depositen nur gegen Aushändigung der von der Anstalt darüber ausgestellten Urkunden zurückgegeben werden.

Welcher Ansicht man aber auch folgen mag, immerhin steht so viel außer Zweifel, daß dem Kläger der Rückgriff auf seinen vormaligen Gehülfen Goll vorbehalten bleibt.

D. R.

III.

1) Ein öffentliches Testament ist nichtig
   a) wenn der Testator seinen letzten Willen nicht in Gegenwart der Zeugen vorgesprochen hat. (Dabei über den Begriff von Vorsprechen);
   b) wenn der Notar das Testament nicht in Gegenwart des Testators unmittelbar nach dem Vorsprechen geschrieben hat;
   c) wenn darin über wesentliche Erfordernisse des Testaments falsche Beurkundungen enthalten sind.
2) Unitas actus ist für öffentliche Testamente nicht vorgeschrieben.
3) Zum Beweise der Nichtigkeitsgründe ist der Zeugenbeweis zulässig, und dürfen auch die Testamentszeugen abgehört werden. Letztere dürfen das Zeugniß ablehnen und sind verdächtige Zeugen, deren Aussagen jedoch, namentlich in Verbindung mit anderen Zeugnissen, vollen Beweis liefern können.

In Sachen Kästig gegen Huber hatte der Unterrichter den Zeugenbeweis verworfen und die Nichtig-

teitsklage abgewiesen, das mittelrheinische Hofgericht aber und der oberste Gerichtshof haben mit Urtheilen vom 16. März v. J. und vom 1. April l. J. abändernd erkannt.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die klägerische Ehefrau, als eine der nächsten gesetzlichen Erben der am 1. Februar 1853 gestorbenen Magdalena Bösig, verlangt, daß das von dieser errichtete öffentliche Testament wegen verletzter Förmlichkeiten für nichtig erklärt, und deren Nachlaß nach dem gesetzlichen Erbgang vertheilt werde. Der erste in der Klage geltend gemachte Anfechtungsgrund besteht in der Behauptung, daß die Erblasserin dem Testamentsverfertiger, Notar Castorph, ihren letzten Willen nicht in Gegenwart der vier Testamentszeugen vorgesprochen, dieser Staatsschreiber vielmehr den Zeugen bei ihrem Erscheinen erklärt habe, es sei dies bereits geschehen, und sodann von einem Blättchen Papier die einzelnen Verfügungen abgelesen habe, welche jeweils auf sein Befragen von der Erblasserin mit „Ja" bestätigt worden seien.

Selbst nach der authentischen Interpretation des L.R.S. 972 durch die Verordnung vom 29. August 1817 (Reg.-Bl. Nr. XXI.) ist, wenn auch nicht mehr ein wirkliches Dictiren oder Vorsprechen, doch immerhin eine selbstständige Erklärung seines Willens von Seiten des Erblassers nothwendig, und eine solche kann in jenem Vorgang nicht gefunden werden, bei welchem sich der Erblasser in Wahrheit ganz passiv verhielt. Die Absicht des Gesetzes, Gewißheit über den Willen des Erblassers zu erlangen, kann nur durch dessen Aussprechen der Anordnungen selbst, nicht aber durch Fragen und einsylbige Antworten erreicht werden, da bei Letzterem sowohl Mißverständnissen, als auch ungebührlichen Einwirkungen der größte Spielraum gestattet ist.

(Annalen VIII. Beibl. S. 37. Gilbert Note 1. 2 zu 972. Zachariä IV. §. 670 Note 19.)

Die Frage, ob die Anwesenheit der Zeugen bei der Willenserklärung des Erblassers nothwendig sei, ist sehr bestritten (Archiv Bd. I. S. 247; Annalen IX. S. 243 und Beiblatt S. 32. Oberhofgerichtliche Jahrbücher III. Jahrgang 1825 S. 65. 169), doch muß man sie mit der neueren Praxis der französischen Gerichte (Gilbert c. ann. Note 8—12 zu Art. 971) bejahen. Denn L.R.S. 971 gebietet dies unzweideutig durch die Vorschrift der Aufnahme des Testaments in Gegenwart der Zeugen, und die allgemeine Begriffsbestimmung dieses Satzes bedurfte natürlich nicht der Wiederholung in dem, die Einzelnheiten regelnden Satze 972, sondern muß mit diesem in Verbindung gebracht und angewendet werden, wofür auch die eben erwähnte Wichtigkeit dieses Theils der Testamentserrichtung spricht.

Nur bedarf es nicht der ausdrücklichen Erwähnung der Einhaltung dieser Vorschrift in dem Testamente, weil die Schlußbestimmung des L.R.S. 972 sich n[illegible] auf die Vorschriften dieses Satzes bezieht (Zachariä a. a. O. Note 22). Demnach liegt hier ein wirklicher Nichtigkeitsgrund vor.

Unerheblich ist dagegen, was in der Klage über die Verletzung der Vorschrift des Vorlesens des Testaments gesagt ist, denn ungeachtet der dort namhaft gemachten Umstände kann dieß Vorlesen ganz ordnungsgemäß geschehen sein, wie denn auch die einvernommenen Zeugen die gehörige Beobachtung dieser Förmlichkeit versichert haben.

Ein weiterer Anfechtungsgrund wird daraus abgeleitet, daß der Notar sich nach jenem ersterwähnten Vorgange aus dem Hause der Erblasserin mit den Zeugen entfernt, und in das benachbarte Haus des im Testamente vorzugsweise bedachten Beklagten, Joseph Braun, begeben, dort das Testament geschrieben habe, und dann erst zur Vornahme des Vorlesens und Unterschreibens in die Wohnung der Erblasserin zurückgekehrt sei. Zunächst soll dadurch das Erforderniß der Einheit der Handlung verletzt worden sein, allein ein solches Erforderniß ist in dem Gesetze nicht nachzuweisen, da es nur L.R.S. 976 für die geheimen letzten Willen vorschreibt, und ein Herüberziehen dessen auf die ganz verschiedenen öffentlichen Testamente um so weniger zulässig ist, als die Testamentserfordernisse nach jeder Richtung hin strenge aufzufassen sind, mithin auch so, daß nicht mehr verlangt wird, als was das Gesetz ausdrücklich gebietet. (Zachariä a. a. O. Note 22. Grenier traité des donations, Bd. I. No. 241. S. 432 ff., vrgl. die Citate in Kappler S. 269 ad 9.)

(Schluß folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 21.

I.

Rechtsfall.

1) Ein öffentliches Testament ist nichtig
   a) wenn der Testator seinen letzten Willen nicht in Gegenwart der Zeugen vorgesprochen hat. (Dabei über den Begriff von Vorsprechen);
   b) wenn der Notar das Testament nicht in Gegenwart des Testators unmittelbar nach dem Vorsprechen geschrieben hat;
   c) wenn darin über wesentliche Erfordernisse des Testaments falsche Beurkundungen enthalten sind.
2) **Unitas actus ist für öffentliche Testamente nicht vorgeschrieben.**
3) **Zum Beweise der Nichtigkeitsgründe ist der Zeugenbeweis zulässig, und dürfen auch die Testamentszeugen abgehört werden. Letztere dürfen das Zeugniß ablehnen und sind verdächtige Zeugen, deren Aussagen jedoch, namentlich in Verbindung mit anderen Zeugnissen, vollen Beweis liefern können.**

(Schluß).

Mit Recht dagegen wird es als eine Nichtigkeit hervorgehoben, daß der Notar das Testament nicht unmittelbar nach der Willenserklärung der Erblasserin, sondern vielmehr fern von dieser geschrieben hat, denn mit Rücksicht auf L.R.S. 971 kann die Aenderung des L.R.S. 972 durch die Verordnung vom 29. August 1817 nur auf die Beseitigung des förmlichen Dictirens bezogen werden, was auch die französischen Gerichte nicht verlangen (Gilbert Note 7 zu Art. 972), und der innige unmittelbare Zusammenhang zwischen Willenserklärung und Niederschreiben muß auch jetzt noch festgehalten werden, dagegen aber ist im vorliegenden Falle schwer gefehlt worden. (Gilbert Note 6, Lauckhard Bd. 4 S. 282, Annalen IX. Beibl. S. 32.)

Schließlich wird das Testament als falsch angefochten, weil darin wahrheitswidrig beurkundet sei, daß die Erblasserin dem Notar ihren letzten Willen vor den Zeugen vorgesprochen habe, daß der Notar das Testament in Gegenwart der Erblasserin geschrieben habe, daß das Vorlesen wörtlich und deutlich geschehen, und daß das Testament an einem Orte und in einer ununterbrochenen Handlung zu Stande gekommen sei.

Soweit nun diese Beurkundungen nach dem Obigen als wesentlich erscheinen, muß deren Falschheit auch die Nichtigkeit des ganzen Testaments zur Folge haben. L.R.S. 1001. Zachariä a. a. O. Note 32.

Demnach erscheint die Klage als begründet, und es ist nur noch zu prüfen, ob dieselbe auch bewiesen ist.

Hierwegen berief sich Kläger, abgesehen von den Dienstakten des Notars Castorph lediglich auf Zeugen und es wurde in Folge seiner Beschwerde gegen die unterrichterliche Verwerfung dieses Beweismittels, deren Abhör in zweiter Instanz angeordnet. Obwohl nämlich das Testament äußerlich ganz fehlerfrei, also der Zeugenbeweis gegen den Inhalt einer öffentlichen Urkunde gerichtet ist, so erscheint er doch als zulässig.

Das Verbot des L.R.S. 1341 steht dem nicht entgegen, weil es sich in dem Capitel „Von dem Beweis der Verbindlichkeiten und Zahlungen" befindet; überdieß handelt es sich hier offenbar um eine Dienstwidrigkeit des Notars, wodurch dem Zeugenbeweise gemäß L.R.S. 1348 Eingang verschafft würde.

So lassen denn auch die franz. Gerichte in solchen Fällen den Zeugenbeweis zu. (Gilbert Note 92, Zachariä Note 32.)

Uebrigens ist diese Frage, da das Landrecht wie bemerkt, nichts darüber verfügt, nach unserer Pr.O. zu entscheiden, wurde jedoch auch darnach verschieden beantwortet. (Vrgl. Kappler S. 269. 270, namentlich Annalen IX. S. 243, 357, XI. S. 133.) Faßt man aber die §§. 466. 467 der Pr.O. in das Auge, so sind dort für Fälle der vorliegenden Art Zeugen nicht ausgeschlossen, (vrgl. §. 403 und 413 Pr.O.), nur kann bezüglich der Testamentszeugen gemäß Pr.O. §. 468 Z. 3. 5 und §. 470 Z. 1 nicht bezweifelt werden, daß, da sie ihre eigene Schande, oder mindestens Unachtsamkeit bezeugen sollen, diese das Zeugniß verweigern dürfen, aber auch, daß, wenn sie es ablegen, sie zulässige, obwohl verdächtige, Zeugen sind, deren Glaubwürdigkeit nach §. 473 Pr.O. zu beurtheilen ist.

Das Ergebniß der Zeugenaussagen hat nun sämmtliche Anfechtungsgründe der Klage vollkommen bestätigt, und hierdurch ist mit Rücksicht auf Uebereinstimmung und innere Glaubwürdigkeit dieser Angaben vollständiger Beweis dafür erbracht.

Nur zu einem Zweifel geben sie Anlaß, da die Zeugen als Tag der Testamentserrichtung einen Sonntag Nachmittag bezeichnen, während nach dem Klaggesuche und der Klagebeilage das Testament das Datum des 13. Januar 1853 trägt, welcher Tag auf einen Donnerstag fiel. Allein es ist nirgends das Vorhandensein zweier Testamente ersichtlich, die Testamentszeugen und die Umstände sind ganz dieselben, und da der Tod der Magdalena Börsig erst am 1. Februar 1853 erfolgte, so liegt die Vermuthung eines Schreibfehlers (13. Januar statt 23. Januar) sehr nahe. Deßhalb und da es nicht bestritten ist, muß man annehmen, daß die Zeugenaussagen sich auf das in der Klage angefochtene Testament beziehen.

Nach allem dem gelangt man zu dem Resultate, daß das Testament für nichtig zu erklären ist.

Wie wenig dasselbe überhaupt Anspruch hat, für den Ausdruck des unverfälschten Willens der Magdalena Börsig angesehen zu werden, dafür dient auch noch der Umstand zum Belege, daß nach den Zeugenaussagen dieselbe bei dem Vorlesen des Testaments bemerkte, sie habe ihren Erben nur 10 Seelenmessen auferlegen wollen, nicht aber 20, wie der Notar geschrieben habe, Notar Castorph aber dieß mit den Worten zurückwieß: „das schade auch nichts.“

Aus diesen Gründen und wegen der Kosten gemäß Pr.O. §. 168 wurde, wie geschehen, abändernd erkannt.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Mit der erhobenen Klage wird der von Magdalena Börsig am 13. Januar 1853 in öffentlicher Form errichtete letzte Wille aus mehreren Gründen als nichtig und bezüglich der darin enthaltenenen Beurkundungen theilweise als falsch angegriffen.

Von diesen Anfechtungsgründen sind jedenfalls nach den Bestimmungen der L.R.S. S. 971. 972 erheblich, daß das Testament nicht in Gegenwart der Zeugen vorgesprochen, und daß dasselbe nicht in Gegenwart der Erblasserin niedergeschrieben worden sei.

Anlangend den 1. Grund, so will Seitens der Beklagten zwar daraus, daß der die Art und Weise, wie öffentliche Testamente errichtet werden sollen, bestimmende L.S.S. 972 des Vorsprechens in Gegenwart der Zeugen nicht erwähnt, gefolgert werden, daß Letztere nicht schon bei dem Vorsprechen anwesend sein müssen — allein da der vorhergehende L.R.S. 971 besagt, daß ein öffentliches Testament in Gegenwart von Zeugen aufzunehmen sei, unter dem Ausdruck „Aufnehmen“ aber auch die Erklärung des letzten Willensmeinung von Seiten des Testators begriffen ist, so bedurfte es in dem L.R.S. 972 nicht der nochmaligen Erwähnung, daß diese Erklärung in Gegenwart der Zeugen geschehen müsse. —

Wie mithin schon nach dem Wortlaut des Gesetzes die Anwesenheit der Zeugen bei dem Vorsprechen des letzten Willens ein wesentliches Erforderniß ist, so geht deren Nothwendigkeit auch aus dem Zwecke des Gesetzes hervor, welcher darin besteht, daß durch die Testamentszeugen die Wahrheit der Willenserklärung des Testirers gesichert werde.

Dieser Zweck könnte aber nicht erreicht werden, wenn bei der Kundgebung des letzten Willens, also gerade bei dem wichtigsten Theile der Testamentsaufnahme, der Notar allein handeln dürfte und die Zeugen nicht anwesend zu sein, somit nicht einmal zu bestätigen hätten, ob der Testator überhaupt Etwas vorgesprochen, oder ob erschriftlich oder durch Mittelpersonen seine letztwilligen Anordnungen zu erkennen gegeben habe.

Was den weiteren Anfechtungsgrund betrifft, daß das Testament nicht in Gegenwart der Erblasserin niedergeschrieben wurde, daß vielmehr dieß in einem ganz andern Hause, wohin zu jenem Behufe der Notar mit den Zeugen sich begeben, geschehen sei, so stellt sich derselbe eben-

falls als erheblich dar, weil nach L.R.S. 972 die Handlung des Vorsprechens durch den Testirenden und die Handlung des Niederschreibens durch den Notar in unmittelbarer Folge stattfinden und nach Satz 971 die Aufnahme des Testaments überhaupt in Gegenwart aller Mitwirkenden geschehen muß.

Hiernach und nach Ansicht des L.R.S. 1001, welcher die Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeit der letzten Willensverordnungen bei Strafe der Nichtigkeit gebietet, stellt sich die vorliegende Klage als rechtlich begründet dar, und frägt es sich daher nur, ob die ihr zu Grunde liegenden erheblichen Thatsachen auch bewiesen sind.

In dieser Beziehung bestreiten die Beklagten zunächst die Zulässigkeit des Zeugenbeweises, weil derselbe gegen den Inhalt einer Urkunde gerichtet sei. Allein das Verbot des L.R.S. 1341 kann in vorliegendem Fall darum nicht Platz greifen, weil das fragliche Testament zugleich wegen falscher Beurkundung angegriffen wird, und weil der Intestaterbe sich nicht in der Lage befindet, über die bei der Testamentsaufnahme vorgekommenen Gesetzesübertretungen sich schriftlichen Beweis zu verschaffen, — für solche Fälle aber der Absatz 1 des L.R.S. 1348 die allgemeine Regel aufstellt, daß der L.R.S. 1341 ausnahmsweise keine Anwendung finde.

Ist aber der Zeugenbeweis überhaupt zulässig, so müssen auch die Testamentszeugen zugelassen werden. Hiergegen läßt sich mit Grund nicht anführen, daß diese Zeugen zu ihrer eigenen Schande aussagen oder falsches Zeugniß geben müßten, weil, abgesehen von der Frage ob es einem Nichtrechtsverständigen zur Schande gereicht, wenn er durch ein späteres Zeugniß über die Nichtbeobachtung von gesetzlichen Förmlichkeiten Seitens eines öffentlichen Beamten mit seiner früheren Beurkundung in Widerspruch kommt, — das Gesetz (§. 470 No. 1 der Pr.O.) den Zeugen, welcher zur eigenen Schande aussagen müßte, nicht für einen unzulässigen Zeugen erklärt, sondern ihm nur das Recht einräumt, das Zeugniß abzulehnen.

Ein vollständiger Beweis der Falschheit der Beurkundungen in einem Testamente wird zwar allerdings nicht immer durch die dazu adhibirten Zeugen theils wegen des obigen Grundes, theils wegen ihrer möglichen Betheiligung am Ausgang des Streits erstellt werden können, allein es läßt sich nicht behaupten, daß dies nie geschehen könne; vielmehr hat darüber zufolge des §. 473 der Pr.O. das richterliche Ermessen zu entscheiden, welches aus den Verhältnissen der Personen und den Umständen des einzelnen Falles zu schöpfen ist. Insbesondere aber kann die Annahme eines vollen Beweises dann keinem Zweifel unterliegen, wenn die Aussagen der Testamentszeugen durch andere Zeugnisse noch unterstützt sind.

In dem gegenwärtigen Rechtsstreit haben nun die Testamentszeugen von ihrer Ablehnungsbefugniß keinen Gebrauch gemacht und ihre Aussagen sind bezüglich der obenerwähnten Nichtigkeitsgründe in vollkommenem Einklang. Sie haben insgesammt bestätigt, daß die Magdalena Börsig ihren letzten Willen nicht in ihrer Gegenwart vorgesprochen, vielmehr der Notar alsbald nach ihrem Erscheinen erklärt habe, daß der letzte Wille, den die Testirerin ihm vorgesprochen, von ihm auf ein Blättchen Papier niedergeschrieben worden sei, daß sodann der Notar die einzelnen Verfügungen von jenem Blättchen abgelesen und darauf die Testirerin auf jeweiliges Befragen mit „Ja" geantwortet habe. Die Zeugen haben ferner versichert, daß nach diesem Vorgange der Notar mit ihnen aus der Wohnung der Testirerin sich weggegeben und in dem benachbarten Hause des Joseph Braun den letzten Willen niedergeschrieben habe, dann wieder zu der Erblasserin zurückgekehrt, ihr die Testamentsurkunde vorgelesen und sofort zur Unterschrift vorgelegt worden sei.

Diese Aussagen werden bezüglich der Entfernung aus der Wohnung der Erblasserin und des Niederschreibens des Testaments in dem Hause des Joseph Braun durch das Zeugniß der Anna Maria Busam, insbesondere aber durch den von den Beklagten, Oberappellanten, selbst zu ihrer Mitvertretung aufgeforderten Testamentsfertiger Notar Castorph unterstützt, indem die Erstere wahrgenommen hat, daß Notar Castorph mit den vier Testamentszeugen unter der Aeußerung, sie wollten die Sache jetzt da machen, weil es drüben zu warm und zu eng wäre, in die Wohnung des Joseph Braun gekommen sei, und indem Castorph in seiner Erklärung auf die an ihn ergangene Streitverkündung den Vorgang gerade so erzählt, wie solchen die Zeugen auch angegeben hatten.

Letztere sprachen zwar bei ihrer ersten Abhör von einem an einem Sonntage aufgenommenen Testamente während das Angefochtene das Datum eines Donnerstags trägt.

Allein bei der nochmaligen, auf Grund der §§. 449. 1174 Abs. 2 Pr.O. diesseits angeordneten Einvernahme hat sich dieser Widerspruch dahin aufgeklärt, daß die Auf-

nahme des letzten Willens am 9. Januar, welcher auf einen Sonntag fiel, allerdings in der bezeugten Weise, stattfand, daß jedoch einige Tage später Notar Castorph die Testamentszeugen noch einmal zusammenberufen hat, ihnen eine, angeblich wegen fehlerhaften Unterzeichnung des Testaments vom 9. Januar gefertigte Abschrift desselben vorzeigte und solche nach geschehener Vorlesung von der Erblasserin und den Zeugen unterzeichnen ließ.

Damit stimmt denn auch die Erklärung des genannten Testamentsverfertigers überein, welcher im Einklang mit dem Datum in der angefochtenen Testamentsurkunde mit Bestimmtheit den 13. Januar 1853 als den Tag jenes Vorgangs bezeichnet.

Hieraus erhellt, daß, wie bei dem Testamente vom 9. Januar, so auch bei dem Testament, welches vom 13. Januar datirt ist und allein den Gegenstand des vorliegenden Prozesses bildet, weder ein Vorsprechen in Gegenwart der Zeugen, noch ein Niederschreiben in Gegenwart der Erblasserin stattgefunden hat.

Da hiernach die Klage als begründet und erwiesen sich darstellt, wurde, wie geschehen, erkannt.

P.

II.

Urkundenfälschung.

1) Fertigung und Gebrauch einer falschen Quittung, um das zur Bürgerannahme erforderliche Vermögen nachzuweisen, ist als Fälschung einer Privaturkunde in gewinnsüchtiger Absicht zu strafen.

Karl F., den das Amt mit seinem Gesuch um Bürgerannahme in der Gemeinde W. abgewiesen hatte, legte zur Unterstützung seines erneuerten Gesuchs eine Quittung vom 15. Dezember 1853 vor, wonach er auf gesteigerte Liegenschaften 400 fl. bezahlt habe. Später stellte sich die Unächtheit dieser Quittung heraus und Karl F. gab solche selbst zu. Das Hofgericht des Unterrheinkreises erkannte ihn der Fälschung einer Privaturkunde in gewinnsüchtiger Absicht für schuldig, indem es ausführte:

„Der Angeschuldigte hat von der Quittung in der Absicht Gebrauch gemacht, um bei der Behörde die Ansicht hervorzurufen, daß er das zur Bürgerannahme in W. erforderliche Vermögen besitze. Diese Absicht ist aber, wenn sie gleich nicht auf Erreichung eines privatrechtlichen Vortheils ging, doch insofern eine gewinnsüchtige, als er sich durch Täuschung der über die Bürgerannahme entscheidenden Behörde, ohne die zu dieser Annahme erforderlichen Eigenschaften wirklich zu besitzen, die Vortheile des Bürgerrechts in W. verschaffen wollte. Diese Handlungsweise war auch geeignet, die Gemeinde zu beschädigen, die in ihm einen nicht mit dem gehörigen Vermögen ausgestatteten Bürger erhalten, also der gesetzlich vorgesehenen Sicherheit dagegen entbehrt hätte, daß sie dereinst in die Lage komme, eigene Mittel für ihn und seine Familie aufwenden zu müssen. Der Angeschuldigte hat daher die in dem §. 430 vergl. mit 422 des St.G.B. gedrohte Strafe verwirkt.“

Auf ergriffenen Rekurs bestätigte großh. Oberhofgericht am 17. März 1856 das hofgerichtliche Urtheil. Die hier einschlagende Stelle in den Entscheidungsgründen lautet:

„Der Rekurrent, welcher seine bürgerliche Annahme zu W. nachgesucht und zu diesem Behufe ein schuldenfreies Vermögen von 500 fl. nachzuweisen hatte, legte, um diese Nachweisung zu liefern, dem Amte am 24. Mai 1855 den Kaufbrief über mehrere Liegenschaften mit dem Bemerken vor, daß er nach der darauf befindlichen Quittung vom 15. Dezember 1853 an dem Kaufpreise eine Abschlagszahlung von 400 fl. geleistet habe. Diese Quittung ist jedoch, wie der Rekurrent selbst zugeben mußte, falsch, indem er die angegebene Zahlung nicht geleistet hatte. Hierdurch machte er sich aber der Fälschung einer Privaturkunde schuldig, indem er sich mit dem Gebrauch derselben die mit dem Bürgerrecht verbundenen Vortheile zu verschaffen suchte und derjenige, welcher auf den Grund falscher Urkunden seine Bürgerannahme nachsucht, sowie derjenige, welcher auf den Grund falscher Urkunden seine Bürgerannahme erschlichen hat, nach den §§. 84 und 85 des Gesetzes vom 9. April 1851 (Reg.-Bl. S. 316) über Erwerbung des Bürgerrechts mit der gesetzlichen Strafe der Fälschung belegt werden soll.“

In dem Instructivvotum ward bemerkt, das St.G.B. verlange nicht, wie das Strafedikt, einen unmittelbar aus der Fälschung entspringenden Geldvortheil, sondern

ihm genüge auch ein mittelbarer Nutzen und die Ausnahmebestimmung in lit. e des §. 48 des St.Ed. bezüglich der Ansicht, sich solche Staatsvortheile zu verschaffen, wozu man die vorgeschriebenen Bedingungen nicht erfüllt habe, bestehe nur für Pässe, Zeugnisse, Gesindebücher u. dgl., also nur für Papiere fort, die das leichtere Fortkommen im Allgemeinen, ohne specielle Richtung auf einen bestimmten Ort und einen bleibenden bestimmten Rechtserwerb bezwecken.

2) Die Fertigung und der Gebrauch eines auf den Namen eines Dritten lautenden Briefs mit erdichtetem Inhalt zum Zweck rechtswidrigen Gelderwerbs ist als Fälschung einer Privaturkunde in gewinnsüchtiger Absicht zu bestrafen.

Der Hofbauer Peter B. von Michelfeld bot im Januar v. J. der Gemeinde St. für die Winterschafweide in den Monaten Februar und März 200 fl. Pachtzins; von Seiten des Gemeinderaths eröffnete man ihm aber, der Bürgerausschuß müßte vorerst noch über sein Angebot gehört werden.

Am andern Tag erschien Schneider Peter St. von St. bei Peter B. und brachte ihm einen Brief folgenden Inhalts:

„Eiligst ertheile ich Ihnen die gute Nachricht durch meinen vertrauten Bot, daß es wegen der Schäfereiweide so weit fertig gebracht habe, daß ich Einigen, die dagegen waren, ein Trinkgeld von zwölf Kronenthaler versprochen habe, die wollen es gleich vor ihrer Unterschrift haben; ich hätte es gern vorgeschossen, bin aber zufällig nicht versehen, sind also so gut und geben Sie diesem vertrauten Bot das Geld mit, ohne Anstand, dann wird Alles fertig sein, wie es ausgemacht sei. Es werde in einigen Tagen Nachricht gegeben 2c. 2c. St., den 23. Januar. M. M......"

B., welcher der Sache nicht recht traute, erfuhr des andern Tags von Gemeinderath M......, daß der Brief nicht von ihm herrühre, und daß das Angebot nicht genehmigt worden sei.

Durch das Geständniß des Peter St. und die unterstützende Aussage einiger Zeugen stellte sich heraus, daß Qualibert G. von St. das Concept des Briefs auf eine Schiefertafel geschrieben und diesen durch Peter R. hatte abschreiben und dem Peter B. hatte überbringen lassen, in der Absicht, die darin bezeichnete Summe zu erhalten.

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises erkannte beide der Fälschung einer auf den Namen des M. M...... von St. lautenden Privaturkunde und des Gebrauchs derselben zum Nachtheil des Hofbauern Peter B. von Michelfeld in gewinnsüchtiger Absicht für schuldig und begründete diese Entscheidung, wie folgt:

„Das Vergehen, dessen beide für schuldig zu erklären sind, ist das der Fälschung und des Gebrauchs einer Privaturkunde aus Gewinnsucht nach Maßgabe des §. 430 St.G.B. Der Umstand, daß die schriftliche Vorspieglung, welche durch Fertigung des falschen Briefs bezweckt wurde, etwa auch blos mündlich mit Erfolg hätte bewirkt werden können, kann der That die Eigenschaft einer Urkundenfälschung nicht entziehen, auch darf das in Frage stehende, allerdings auf ein eigenthümliches Geschäft bezügliche unächte Schreiben immerhin als eine Privaturkunde im Sinne des §. 430, beziehungsweise 423 betrachtet werden, und zwar als eine solche, die in gewinnsüchtiger Absicht zum Zweck der Verübung eines Betrugs gefertigt wurde. (Vergl. L.R.S. 1322 und 1347.)"

Dieses Urtheil vom 15. Mai v. J. wurde vom großh. Oberhofgericht am 21. Juli v. J. unter Adoption der Gründe bestätigt. Stf.

Anmerkung zu 2.

Nach gemeinem Recht hätte sich hier ein schriftlicher Betrug, und in so fern, als der mit dem falschen Briefe bezweckte Vortheil nicht erreicht wurde, ein Betrugsversuch annehmen lassen.

Anders stellt sich aber die Sache nach unserm dermaligen Partikularrechte.

Der von Aschbach über den XXX. des St.G.B. in der II. Kammer erstatteten Commissionsbericht enthält die Bemerkung:

„Wenn von dem blosen Vorgeben von Thatsachen die Rede ist, so kann es keinen Unterschied machen, ob solche mündlich oder schriftlich einem Andern mitgetheilt worden; in einem wie in dem andern Falle wird ja nicht auf objektive, sondern nur auf eine subjektive Täuschung hingewirkt. Die schriftlichen Vorspiegelungen der letztern Art können alsdann nur einen Betrug begründen. Feuerbach §. 410. 415—416a."

Thilo, St.G.B. S. 364.

Hiernach sollte man glauben, es sei die Intention gewesen, in obigem Punkte bei dem gemeinen Rechte stehen zu bleiben.

Derselbe Commissionsbericht bemerkt jedoch weiter zum §. 423:

„Die Bestimmung des §. 423 geht übrigens nicht blos auf die Fälschungen von Urkunden, welche als Beweismittel von Rechten und Verbindlichkeiten erscheinen und geeignet sind, für sich allein eine Rechtsverletzung (Rechtsbeugung) zu bewirken, sondern auch auf die Fälschung öffentlicher Urkunden die zur Beglaubigung anderer Vorspiegelungen gebraucht werden, ohne daß durch sie allein ein Betrug bewirkt werden könnte. Dieser Sinn folgt aus der allgemeinen Fassung: „zum Zwecke der Verübung eines Betrugs;" ohne die Beschränkung auf unmittelbare Verübung muß also auch die mittelbare darunter fallen. Es folgt ferner daraus, daß es heißt: „insbesondere zur Begründung oder Entkräftung von Rechtsansprüchen," weil sonst das Wort „insbesondere" fehlen müßte. Wer also zur Begehung eines Betrugs, unter Vorzeigung eines falschen Passes, eine falsche Persönlichkeit annimmt und dadurch auf Credit einen Handel abschließt, den er sonst nicht würde zu Stande gebracht haben, soll nicht als Betrüger, sondern nach §. 423 als Fälscher einer öffentlichen Urkunde gestraft werden, selbst wenn der Handel noch nicht zum Vollzug gekommen ist."

„Darin liegt eine Abweichung von unserm bisherigen Strafgesetze, welches (§. 48 des Strafedikts) zum Thatbestande der Urkundenfälschung fordert, daß die Urkunde geeignet sei, unmittelbar daraus einen Geldvortheil zu gewinnen, und daß zu dem Zwecke dieser unmittelbaren Beziehung des Geldvortheils davon Gebrauch gemacht wurde 2c. 2c."

Thilo a. a. O. S. 366.

Was im §. 423 von öffentlichen Urkunden verordnet ist, das gilt auch von den in §. 430 besprochenen Privat-Urkunden, worüber sich der gedachte Commissionsbericht unter Anderm dahin ausspricht:

„In Beziehung auf Vollendung und Strafausmessung gelten aber bei Fälschung von Privaturkunden die allgemeinen (zu §. 423 und 424 entwickelten) Grundsätze der Fälschung."

Thilo a. a. O. zum §. 430 S. 369.

Nach diesen Quellen mußte die hofgerichtliche Entscheidung für gesetzmäßig erachtet und daher bestätigt werden. D. R.

III.

Aus der Praxis des mittelrheinischen Hofgerichts.

1) Ehrenkränkung im Dienste verübt, und doch kein Amtsbergehen. Zweifelhafte Ehrenkränkung.

Postmeister N. N. befuhr auf einem s. g. Kurbelwagen die Eisenbahn in seinem Amtsbezirke zum Zwecke irgend einer Diensthandlung und kam dabei über einen Bahnübergang, an dessen einer Seite zwei Eisenbahnarbeiter und einige andere Personen standen, während jenseits in geringer Entfernung der Ankläger, ein angesehener Bürger der betreffenden Stadt, ging, welcher eine etwas ungewöhnliche Kleidung, nemlich einen langen schwarzen Ueberwurf und einen besonders geformten Hut trug, auch langes schwarzes Haar hat. Postmeister N. N. sagte nun nach einer Handbewegung gegen den Ankläger hin im Vorüberfahren zu den Umstehenden die Worte: „da geht ein polnischer Jude" oder „wie ein polnischer Jude."

Als das Amt, ohne selbst Urtheil zu erlassen, die Akten vorlegte, entstand die Frage, ob die Ehrenkränkung im Sinne von St.G.B. §. 298 als bei Ausübung des Dienstes begangen, zur hofgerichtlichen Zuständigkeit gehöre, und ein Amtsverbrechen durch Verübung gemeiner Verbrechen im Amt (§. 703 St.G.B.) bilde, das zufolge §. 9 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 nur mit höherer Genehmigung untersucht werden darf? Dieß wurde jedoch vom Gerichtshofe verneint, was in der Verfügung vom 17. Nov. v. J. so begründet wurde: „Der Angeklagte befand sich, wenn auch gerade in Ausübung einer dienstlichen Funktion begriffen, doch gegenüber dem nur zufällig in der Nähe anwesenden Ankläger nicht in Ausübung seines Dienstes, und die den Gegenstand der Anklage bildende Aeußerung steht mit den Dienstgeschäften des Angeklagten in gar keinem Zusammenhang, mithin liegen die Voraussetzungen des §. 298 St.G.B. nicht vor."

In Folge des Rekurses gegen das sodann erlassene freisprechende Urtheil des Amts erkannte der Gerichtshof

am 26. Januar l. J. abändernd auf einen Verweis gegen den Angeklagten aus folgenden Gründen:

Wenn auch der Angeklagte die fraglichen Worte zunächst nur in Beziehung auf die Kleidung des Anklägers aussprach, so enthalten sie doch nach herrschender Volks- und Standesmeinung, an sich schon eine Beschimpfung, und unzweifelhaft wollte der Angeklagte den Ankläger dadurch vor den in der Nähe befindlichen Personen verhöhnen und lächerlich machen, welches Benehmen nicht nur eines gebildeten Mannes und im Dienste befindlichen Staatsdieners durchaus unwürdig war, sondern auch den Thatbestand einer gerichtlich strafbaren Ehrenkränkung im Sinne des §. 291 St.G.B. enthält. *)

2) Was gehört zum Begriffe der strafbaren Fälschung von Privaturkunden?

Mehrere Bürger der Gemeinde Reichenbach betrieben bei den Gemeindebehörden eifrig die Errichtung eines weiteren Gemeindebrunnens und wendeten sich, als sie ihren Wunsch nicht erreichten, beschwerend an die vorgesetzte Administrativbehörde, indem sie vortrugen, daß dieser Brunnen nothwendig sei und nur einen geringen Kostenaufwand verursachen werde. Die betreffenden Eingaben waren, um der Beschwerde größeren Nachdruck zu verschaffen, mit einer Menge von Unterschriften versehen, worunter sich einige befanden, die falsch und das Werk der zwei Angeschuldigten waren. Die auf Veranlassung der Administrativbehörde deßhalb eingeleitete Untersuchung wegen Urkundenfälschung wurde unterm 29. März l. J. dahin erledigt: (Erkenntniß J. U. S. gegen Müller und Glaß.)

In Erwägung, daß zufolge St.G.B. §. 430 die Fälschung von Privaturkunden nur dann gerichtlich strafbar ist, wenn damit die Verübung eines Betrugs im Sinne von §. 450 St.G.B. bezweckt oder die Beschädigung eines Andern beabsichtigt wird, in Anbetracht, daß keiner dieser Fälle hier vorliegt, wird, weil die That durch kein Strafgesetz bedroht ist, erkannt, daß kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung der Angeschuldigten vorhanden ist.

Wäre im §. 430 St.G.B. auch der Fall des §. 429 „Fälschung zu andern unerlaubten Zwecken" angeführt, dann würde sich die Sache allerdings anders gestaltet haben, da die Angeschuldigten beabsichtigt hatten, die Behörden zu täuschen, als ob eine besonders große Zahl von Gemeindebürgern jenen Brunnen verlange. Gewiß mit Recht enthält aber §. 430 diese Anführung nicht, da sonst das Gebiet der strafbaren Fälschung von Privaturkunden viel zu weit ausgedehnt wäre.

3) Aus dem Besitze des Dachtraufrechts folgt nur eine richterliche, dem Gegenbeweise unterworfene Vermuthung für das Eigenthum an Grund und Boden.

Soweit die Dachtraufe des klägerischen Hauses in den fraglichen Raum zwischen den beiderseitigen Häusern hinreicht, spricht für das vom Kläger daran angesprochene Miteigenthumsrecht allerdings die Vermuthung, da nach L.R.S. 681 angenommen werden muß, daß der Grund und Boden, auf welchen die Dachtraufe fällt, dem Hauseigenthümer gehöre, sofern es nicht eine öffentliche Straße ist. Diese Vermuthung ist aber nur eine richterliche, gegen welche der Gegenbeweis vollkommen gestattet ist, und einen solchen Gegenbeweis hat der Beklagte mehr, als genügend geliefert, indem durch die Aussagen der einvernommenen Zeugen in Verbindung mit der Grenzbezeichnung in den beiderseitigen Erwerbsurkunden dargethan ist, daß der Beklagte und seine Rechtsvorfahren das Alleineigenthum durch Ersitzung erworben haben. (Vrgl. Urtheil des französischen Cassationshofs in Annalen XX. S. 293 am Ende.)

So wurde erkannt durch Urtheil vom 23. November v. Jahrs J. S. Wolber gegen Vayhinger.

4) Inwiefern gilt das Wohnungsrecht gegen Dritte auch ohne Grundbucheintrag?

Urtheil vom 28. März l. J. In Sachen mehrerer Gläubiger, hier Wertheimer gegen Wendelin Doll hier gegen Simon Doll.

Auf die Erörterung der allerdings sehr zweifelhaften Frage, ob es zur Geltendmachung eines Wohnungsrechts gegenüber Dritten der Regel nach des Eintrags zum Grundbuch bedürfe, oder ob es ohne einen solchen wirksam sei, kommt es im vorliegenden Falle nicht an, denn das Wohnungsrecht des Appellaten Simon Doll beruht nicht auf

---

*) Damit stimmt vollkommen überein, was Jolly so klar und richtig über den Begriff von herrschender Sitte, Volks- und Standesmeinung sagte. Thilo, Note 3 zu §. 291 St.G.B. Weber in seinem classischen Werke über Injurien und Schmähschriften S. 151 vor und in Note 43 erklärt den Ausdruck „Jude" gegen einen Christen für ein Scheltwort, welches den Vorwurf einer levis notae macula enthalte, und unzweifelhaft ehrenkränkend sei. D. E.

einer Erwerbung von dem Hauseigenthümer, sondern auf einem Vorbehalte, welchen Simon Doll zu seinen Gunsten bei der Uebergabe des Hauses an den Gantmann gemacht hat, und eine solche Beschränkung der Eigenthumsübertragung von Seiten des alten Eigenthümers könnte jedenfalls nur dann unter dem Mangel des Grundbuchseintrags leiden, wenn die Eigenthumsübertragung selbst ohne jene Beschränkung eingetragen worden wäre. L.R.S. 1583a am Ende. Nun hat aber der Appellant Wertheimer, obwohl ihm sogar in dem erstinstanzlichen Separatstreite entgegengehalten wurde, der Erwerb des Cridars sei bei dem Gantausbruche noch gar nicht eingetragen gewesen, — nie behauptet, daß ein Eintrag der obengedachten Art stattgefunden habe, und so gebricht es seiner Beschwerde gegen die zur Erkennung des Wohnungsrechts an der erforderlichen Grundlage.

Wie obige Entscheidung zeigt, war der III. Senat nicht ohne Zweifel über die Richtigkeit der Ansicht, welche dem in Annalen XXII. S. 319. 320 mitgetheilten Urtheile zu Grund liegt, vielmehr sprach sich die Mehrheit der Stimmführer dahin aus, daß allerdings ein Grundbucheintrag nothwendig sei, was jetzt wieder in dem Aufsatze von Keller im Magazin, Bd. II. Heft 3 S. 348 eine neue gewichtige Unterstützung erhalten hat; indessen gelangte die Diskussion hierüber nicht zum Abschlusse, da man sich über eine Art der Entscheidung vereinigte, welche einen bestimmten Ausspruch über jene Streitfrage nicht mit sich brachte.

5) Nicht die Gerichte, sondern die Administrativ-Behörden, haben über die Pflicht der Gemeinden zur Unterhaltung ihrer Armen zu erkennen (Annalen IV. S. 212), deßhalb gehört eine Klage aus Geschäftsführung gegen eine Gemeinde auf Grund von Leistungen für einen angeblichen Ortsarmen ebenfalls nicht vor die Gerichte.

Der Kläger hatte die in seinem Haus erkrankte Ehefrau Geyer von Willstett ärztlich behandelt, für ihre Abwartung gesorgt, und schließlich die Kosten ihrer Beerdigung bestritten, wofür er im Ganzen 64 fl. 24 kr. anzusprechen hatte. Da diese Frau kein Vermögen hinterließ, und ihre Angehörigen ganz arm sind, so wendete sich der Kläger mit seiner Forderung an deren Heimathsgemeinde Willstett, weil dieselbe kraft der ihr obliegenden Pflichten gegen ihre Ortsarmen zur Befriedigung des Klägers verbunden sei, wurde jedoch von dieser und der Administrativbehörde zurückgewiesen, da die Ehefrau Geyer nicht zu den Ortsarmen gehört, und der Kläger auch nicht die bestehenden Vorschriften beobachtet, namentlich die Heimathsgemeinde nicht sofort von der Erkrankung der Frau Geyer in Kenntniß gesetzt habe. Nun trat Kläger vor Gericht mit einer Klage aus Geschäftsführung gegen die Gemeinde Willstett auf, welche jedoch von dem Unterrichter als unbegründet und von dem Gerichtshofe durch Urtheil vom 23. Februar l. J. als vor den Gerichten nicht stattfindend verworfen wurde, und zwar aus folgenden Gründen:

Die erhobene Klage kann vor den bürgerlichen Gerichten nicht angebracht werden, weil ihr Gegenstand öffentlichen Rechtens ist.

Wie nemlich jeder Einzelne eine doppelte juristische Eigenschaft und in jeder dieser Eigenschaften ein besonderes Rechtsgebiet — sowohl in privatrechtlicher als in öffentlich rechtlicher Beziehung hat, so ist dies auch bei den Gemeinden der Fall.

Diese haben Rechte und Pflichten in ihrer Eigenschaft als Glieder des Staats, welchem sie angehören — staatsbürgerliche Rechte und Pflichten — im Gegensatz zu den Rechtsverhältnissen, in welchen der Einzelne dem Einzelnen gegenübersteht, d. h. dem Privatrecht.

Zu solchen staatsbürgerlichen Pflichten der Gemeinden gehört nun auch die Pflicht der Gemeinden für ihre armen und dürftig gewordenen Angehörigen zu sorgen und sie zu unterstützen. Die Verbindlichkeit der Gemeinde, welche aus Gründen des öffentlichen Wohls hervorgegangen, beruht somit auf dem öffentlichen und nicht auf dem Privatrechte, wie dies auch in den Verordnungen vom 28. Mai 1810, Reg.-Bl. No. XXII. und vom 16. Februar 1838, Reg. Bl. No. IX., sowie in §. 1 Ziff. 7 des Bürgerrechtsgesetzes ausgesprochen ist.

Da aber die Gerichte blos über privatrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden haben, so können sie über solche Verhältnisse des öffentlichen Rechts nicht erkennen.

Ueber derartige staatsbürgerliche Pflichten, welche überhaupt eine gesetzliche Wirkung des Bürgerrechts sind, zu erkennen, sind nur die Verwaltungsbehörden zuständig, diesen liegt somit die Prüfung der vorliegenden Frage ob, ob der Kläger das gethan, was er in der Klage behauptet, und ob die beklagte Gemeinde in Folge dessen auf Grund der bestehenden Vorschriften zur Befriedigung des Klägers verpflichtet ist. Dr. Puchelt.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 22.

I.

Die Jurisdiktionsverträge.

1) Der Jurisdiktionsvertrag mit Würtemberg.

Regierungsblatt von 1825 No. 32.

Bei den vielfachen Beziehungen, welche eine ausgedehnte und vielfach verschlungene Grenze zwischen Baden und Würtemberg hervorruft, kömmt dieser Vertrag nicht selten zur Anwendung, und da zeigt sich bald, wie Vieles er zu wünschen übrig läßt. Seine Bestimmungen stehen weder im Einklang mit den Fortschritten der Wissenschaft, noch entsprechen sie durchgängig dem Zweck, für welchen sie bestimmt sind. Eine Revision desselben erscheint dringend nothwendig und hiezu soll die folgende Critik den Anstoß geben. Ein noch weiter gehender Wunsch möchte vielleicht hier am Platze sein: Alle deutschen Staaten sind in gleicher Weise dabei interessirt, daß die Urtheile ihrer Gerichte in allen andern deutschen Staaten vollzogen werden. Um dieses zu bewirken, müßte jeder einzelne Staat mit jedem andern einen Vertrag abschließen, der zwar die nemlichen Grundlagen hätte, gleichwohl aber, abgesehen von allen zufälligen, örtlichen oder persönlichen Schwierigkeiten, alle Formen zu passiren hätte, denen dergleichen Verträge in jedem Lande unterworfen sind. Und es müßten Hunderte solcher Verträge abgeschlossen werden, damit die Urtheile aller deutschen Gerichte in allen deutschen Ländern vollziehbar wären, und diese Verträge würden, wenn man sich auch die Möglichkeit ihres Zustandekommens denkt, wahrscheinlich eben so viele Abweichungen darbieten, als die Zahl der Verträge beträgt, wie wir aus den Verträgen, welche unser Großherzogthum mit andern Staaten abgeschlossen hat, uns überzeugen, daß nicht einer dem andern gleicht. Es gibt ein einfaches Mittel, allen diesen Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, wenn nemlich mittelst eines Bundesbeschlusses der Grundsatz adoptirt würde, daß in Civilsachen die rechtskräftigen oder vollzugsreifen Urtheile, welche von einem Gerichte irgend eines Bundesstaats erlassen wurden, in allen andern Bundesstaaten vollzogen werden sollen.

Die Erwirkung eines solchen Bundesbeschlusses würde vielleicht nicht einmal großen Schwierigkeiten begegnen, da die Bundesversammlung durch den am 17. April d. J. gefaßten Beschluß, eine gemeinsame Handelsgesetzgebung für alle deutschen Bundesstaaten in das Leben zu rufen, ihren ernsten Willen, den Wünschen der deutschen Nation in dieser Beziehung gerecht zu werden, bereits bethätigt hat. Vielleicht bedarf es nur eines Anstoßes von Seiten irgend einer der deutschen Regierungen, die sich dadurch gewiß den Dank vieler Tausende erwerben würde. Bis dahin aber, daß solches geschieht, dürfte es nicht überflüssig sein, den mit Würtemberg geschlossenen Jurisdiktionsvertrag einer nähern Prüfung zu unterziehen:

Der erste Art. präcisirt mit vollständiger Klarheit den Zweck des Vertrags dahin, daß die beiden contrahirenden Staaten die Rechtskraft und Vollziehbarkeit der richterlichen Erkenntnisse des andern Staats anerkennen; aber dieses Princip wird durch eine Vorbedingung abgeschwächt, welche einen großen Theil der verliehenen Wohlthat illusorisch macht. Es sollen nämlich diese Erkenntnisse nur dann in dem andern Staat anerkannt und vollzogen werden, wenn sie nach den nähern Bestimmungen des gegenwärtigen Staatsvertrags von einem beiderseits als competent anerkannten Gericht ausgegangen sind. Hiernach darf dem Ansuchen um Vollzug eines solchen Urtheils die Einrede der Incompetenz entgegengesetzt werden, woraus ein neuer Prozeß, der durch Urtheil entschieden werden muß, entstehen kann; gegen das neue Urtheil finden Rechtsmittel statt, deren Erledigung Monate oder selbst

Jahre erfordert. Es verdient daher wohl die Frage einer sorgfältigen Erwägung, ob eine solche Vorbedingung durch ein so großes Staatsinteresse geboten sei, daß man diesem den durch den Staatsvertrag beabsichtigten Zweck, wenigstens zum Theil opfern zu müssen veranlaßt sein könnte? Diese Frage mag vielleicht eine verschiedene Beantwortung erfahren, je nach dem Standpunkt, von welchem aus man die Sache ansieht.

Ist man ängstlich und mißtrauisch gegen die Urtheile ausländischer Gerichte, so wird man, wie der vor uns liegende Vertrag, alle möglichen Cautelen hervorsuchen, um deren Vollziehung im eigenen Lande zu erschweren, aufzuhalten, und zu hintertreiben. Sowie man aber einmal zugegeben hat, daß ausländische Gerichte mit derselben Sachkenntniß und Gewissenhaftigkeit zu Werke gehen, wie die inländischen, so ist gar nicht abzusehen, warum man ihrer Entscheidung, bezüglich der Competenz weniger Werth beilegen will, als der Entscheidung in der Sache selbst!

Wenn man nun weiß, daß jedes Gericht, sobald die Einrede der Incompetenz vorgebracht wird, über seine Competenz nach Inhalt der bestehenden Gesetze zu entscheiden hat, so müßte man etwa diese Gesetze vor Abschließung eines Jurisdiktionsvertrags in's Auge fassen, und einer eingehenden Prüfung unterwerfen. Hier mag allerdings der Art. 14 des code civil, der zwar in Baden aufgehoben ist, aber so viel mir bekannt, in den Rheinprovinzen noch gilt, gerechtes Bedenken erregen; wo aber die Grundsätze des gemeinen deutschen Civilprozesses über Competenz gelten, da kann man füglich den Gerichten die Entscheidung über ihre Competenz anheim geben, und eine wiederholte Prüfung dieser Frage durch die einheimischen Gerichte umgehen.

Der zweite Artikel bestimmt, daß ein von dem zuständigen Gericht erlassenes rechtskräftiges Urtheil die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache begründe; ferner daß ein solches Urtheil an den in dem andern Staate gelegenen Gütern des Verurtheilten unweigerlich vollstreckt werde, wenn

1) dargethan ist, daß in dem auswärtigen Staat, von dessen Gerichten das zu vollziehende Urtheil erlassen wurde, keine gleich bereiten oder hinreichenden Vollstreckungsmittel vorhanden sind, und

2) keine eigenen Unterthanen mit Forderungen sich gemeldet haben, für welche ihnen an den Executionsobjekten ein vorzügliches oder auch nur ein **gleiches** Recht zusteht.

Diese letzte Bestimmung hebt beinahe den ganzen Werth des Vertrags auf, denn hier ist den eigenen Unterthanen ein ganz allgemeines Vorzugsrecht, nicht etwa vor den Forderungen Fremder, nein! nur vor den durch fremdländisches Urtheil richtig gestellten Forderungen eingeräumt; es ist das gewissermaßen eine indirekte Aufforderung, fremdländische Urtheile nicht vollziehen zu lassen, sondern ein neues Urtheil im Inland zu erwirken, dem ein solches Vorzugsrecht nicht entgegengehalten werden könnte. Damit man über die Tragweite dieser Bestimmung ja nicht in Zweifel kommen könne, wird in dem Vertrag weiter festgesetzt, daß, wenn die Hilfsvollstreckung an der Substanz unbeweglicher Güter nachgesucht wird, eine öffentliche Aufforderung an Alle, welche vorzügliche oder auch nur gleiche Rechte an jenen Gütern zu haben vermeinen, ihre Ansprüche geltend zu machen, dem Urtheilsvollzug vorausgehen muß. Was wird die Folge einer solchen Aufforderung sein? Es wird sich irgend Jemand, wenn auch nur auf Anstiften des Verurtheilten mit einer Forderung melden, um die Vollstreckung zu vereiteln; der Gläubiger muß nun entweder den Prozeß mit diesem (vermeintlichen) Gläubiger seines Schuldners austragen, oder auf die Vollstreckung verzichten. Sehen wir aber auch von dergleichen Manöver böswilliger Schuldner ab, so liegt etwas Demüthigendes darin, daß Jemand wegen seiner Forderung nur darum Andern nachstehen soll, weil er ein ausländisches Urtheil für sich hat, während dieser Nachtheil wegfällt, wenn er von dem ausländischen Urtheil keinen Gebrauch macht, und eine Forderung im Inlande einklagt. Daß solche exorbitante Bestimmungen, welche einer allzu ängstlichen Sorge wegen Beeinträchtigung der Souverenetät entflossen sind, bei einer Revision wegfallen müssen, versteht sich von selbst.

Der dritte Artikel, welcher gegenseitige Rechtshülfe zusagt, gibt zu keinen Bemerkungen Anlaß.

Die Artikel 4—19 beschäftigen sich mit dem Gerichtsstand, über welchen Vereinbarungen nothwendig wurden, weil man nach Art. 1 nur solche Urtheile vollziehen lassen will, die von einem nach dem gegenwärtigen Vertrag competenten Gerichte ausgegangen sind; und gleichwohl will man auch diese Urtheile erst vollziehen, wenn kein Inländer einen gleichen Anspruch auf die Executionsobjekte erhebt! Diese Vorsorge für die eigenen Unterthanen offenbart sich in allerdings übertriebener Weise in Art. 5

wo diesen verboten ist, sich freiwillig i. e. durch Prorogation der Gerichtsbarkeit des andern Staats zu unterwerfen. „Keine Gerichtsbehörde ist befugt, sagt unser Vertrag, der Requisition eines solchen gesetzwidrig prorogirten Gerichts statt zu geben; jedes von einem solchen Gericht ausgesprochene Erkenntniß wird in dem einen und in dem andern Staat als ungültig betrachtet." Dergleichen Bestimmungen klingen wie Märchen aus Tausend und Einer Nacht; bei Civilprozessen kann es sich nur um Rechte handeln, über welche die Parteien frei verfügen können. Niemanden wird es einfallen, sie zu hindern, sich darüber zu vergleichen, oder sich einem Schiedsgerichte zu unterwerfen. Ein prorogirter Gerichtstand ist wohl kaum etwas Anderes, als ein Schiedsgericht, indem man ein stillschweigend abgeschlossenes Compromiß unterstellt. Woher nun diese Feindschaft gegen die Prorogation, welche sich nicht einmal damit begnügt, dergleichen Erkenntnisse nicht zu vollziehen, sondern sie in dem einen und dem andern Staat für ungültig erklärt.

Hier sind jedenfalls die Grenzen eines Staatsvertrags überschritten; denn ob ein Erkenntniß in dem Staat, dessen Gerichte das Erkenntniß erlassen haben, gültig oder ungültig ist, kann nur nach bestehenden Gesetzen entschieden werden. In Baden wie in Würtemberg können aber die bestehenden Gesetze nicht ohne Mitwirkung der Stände abgeändert werden, daher man aus blindem Haß gegen die Prorogation jedenfalls über das Ziel hinausgeschossen hat.

Artikel 6 erkennt zunächst den Gerichtstand des Wohnsitzes, daneben auch den des Aufenthalts, und läßt bei persönlichen Klagen dem Kläger die Wahl zwischen beiden, was bei den sonstigen beschränkenden Bestimmungen als sehr liberal anzuerkennen ist. Art. 7 gestattet, so lange eine Erbschaft noch unvertheilt ist, die Erben wegen der Ansprüche an den Verstorbenen bei dem Gericht der liegenden Erbschaft zu belangen, doch enthält Art. 13 eine Beschränkung, auf die wir bei diesem Artikel zurückkommen müssen.

Artikel 8 ordnet den Gantgerichtstand, was als eine große Wohlthat zu betrachten ist, da jetzt Fälle vorkommen, daß gegen bairische Unthanen, welche in Mannheim wohnen, und in Ludwigshafen ein Geschäft betreiben, zweierlei Ganturtheile erlassen, zweierlei Gantmassen gebildet werden, daher auch doppelte Liquidationen statt finden, und durch doppelte Lasten die Massen verkleinert oder aufgezehrt werden. Wie lange wird ein solcher Zustand unter Bundesstaaten fortdauern?

Artikel 9 ist nur eine Folgerung aus Artikel 8 der folgende Artikel bestimmt, daß bereits anhängige Prozesse bei dem Gericht, bei welchem sie anhängig sind, wenn auch im Laufe des Prozesses Gant ausbricht, auszutragen sind. Artikel 11 enthält für Ganten einige sehr eigenthümliche Bestimmungen, nemlich

1) „Der Gantrichter hat die angemeldeten Forderungen hinsichtlich ihrer Gültigkeit und Liquidität nach den Gesetzen desjenigen Staats zu beurtheilen, in dem sie entstanden sind." Der Grundsatz locus regit actum wird sonst nur auf die äußere Form der Verträge, nie aber auf ihre Gültigkeit bezogen. Es wäre nun gegen diese Ausdehnung nichts einzuwenden, wenn sie als allgemeine Regel aufgestellt würde; aber daß sie nur bei Ganten, sonst aber nicht, Platz greift, führt zu ganz sonderbaren Resultaten.

2) „Hypothekarforderungen werden nach den Gesetzen des Orts der belegenen Sache beurtheilt und locirt. Ebenso Ansprüche auf unbewegliche im Besitz des Gemeinschuldners befindliche Güter."

3) „Die Unterthanen des einen Staats, welche vor dem Gantgericht des andern Staats ein Vorzugsrecht in Anspruch nehmen, sind zu verlangen berechtigt, daß sie aus dem in ihrem Heimathstaat belegenen Vermögen besonders und nach den Prioritätsgesetzen dieses Staats befriedigt werden. Reicht aber dieses Vermögen zu ihrer Befriedigung nicht aus, so sind sie wegen des Restes ihrer Forderungen nach den Gesetzen des Gantgerichts zu lociren." Hier sind also doch zwei Massen, wenn auch nur Ein Gantgericht und folgeweise nur Eine Verwaltung.

Art. 12 erkennt den Gerichtstand der belegenen Sache nicht allein für unbewegliche, sondern auch für bewegliche Sachen an, was wohl sonst kaum vorkommen mag. Uebrigens ist nicht ganz klar, ob dieser Gerichtstand mit dem allgemeinen concurrirt, oder ob der Kläger ihm zu folgen gezwungen ist.

Die Fassung dieses Artikels scheint für letzteres zu sprechen, wogegen bekanntlich unsere Prozeßordnung den erstern Grundsatz aufstellt. Art. 13 bestimmt in Uebereinstimmung mit Art. 7 den Gerichtstand der Klagen gegen einen Verstorbenen da, wo die Erbschaft liegt, nicht wie

unsere Pr.O. bei dem allgemeinen Gerichtstand des Verstorbenen, was offenbar weit zweckmäßiger ist. Daher kommt der Vertrag zu Einer der sonderbarsten Bestimmungen für den Fall, wenn die Erbschaft theilweise in dem einen, theilweise in dem andern Staat liegt: „Dann soll der Kläger seine Klage zu theilen verbunden sein.“ Wie das ausführbar, ist schwer zu errathen; z. B. es hat Jemand 1000 fl. zu fordern. Soll er nun abwarten, bis der Werth der Erbschaftsstücke in beiden Ländern taxirt ist, und seine Forderung in der nemlichen Proportion theilen, welche der Werth der Erbschaft in dem einen und dem andern Land ergibt? Das heißt doch wohl die Subtilität allzuweit treiben. Etwas ähnliches findet sich in Art. 14, welcher das forum arresti auch für die Hauptsache anerkennt, jedoch nur soweit als der Werth der arretirten Sache reicht. Man hat hier, wie es scheint, ganz vergessen, daß es sich um einen Vertrag bezüglich der gegenseitigen Vollziehung der Urtheile handelt.

Soweit der Werth der mit Arrest belegten Sachen reicht, kann der Richter, der den Arrest anlegte, sein Urtheil selbst vollziehen; er bedarf dazu nicht der Mitwirkung des ausländischen Gerichts. Dieses wird erst in Anspruch genommen wegen dessen, was nicht durch das Arrestobjekt gedeckt ist, und es konnte sich daher nur fragen, ob man das Urtheil wegen des ungedeckten Theils vollziehen wollte oder nicht? Statt dessen erkennt man das forum arresti an, aber nur bis zum Werth der arretirten Sache, und fügt noch bei, der Arrest ist wieder aufzuheben, sobald das Gericht, unter welchem der Impetrat steht, die amtliche Versicherung gibt, daß es den Spruch des Arrestrichters ohne Anstand vollziehen werde.

Darnach würde dem Gläubiger auch das Arrestobjekt wieder entzogen und er auf einen Urtheilsvollzug hingewiesen, bei welchem nach Art. 2 des Vertrags nicht allein alle Inländer ihm vorgehen, sondern auch die Nachweisung verlangt wird, daß in dem Staat, von dessen Gericht das zuvollziehende Urtheil erlassen wurde, keine Vollstreckungsmittel vorhanden sind. Nun sind aber die Arrestobjekte als Vollstreckungsmittel vorhanden, es kann mithin keine Vollstreckung in dem andern Staat nachgesucht werden, bis wenigstens der Werth der Arrestobjekte erschöpft ist. Warum läßt man also den Arrest aufheben? Offenbar hatte man bei dem Art. 14 den Art. 2 schon wieder vergessen.

Uebrigens ist das forum arresti nur dann für die Hauptsache zugelassen, wenn diese im summarischen Verfahren liquid gestellt werden kann. Ist dagegen das ordentliche Verfahren einzuhalten, so gehört die Sache vor das forum des ordentlichen Richters des Impetraten. Art. 15 erkennt das forum contractus nur an, wenn der Contrahent zur Zeit der Ladung in dem Gerichtsbezirk anwesend ist. Das kann sich aber nicht auf den gewählten Wohnsitz beziehen, der nach §. 18 unserer Prozeßordnung einen besondern Gerichtstand begründet, um so weniger, als in Art. 16 des Vertrags der Gerichtstand des gewählten Wohnsitzes wenigstens für Wechsel anerkannt ist. Allerdings ist diese Nachsicht in auffallendem Widerspruch mit der Feindseligkeit gegen jede Prorogation und beweist eben nur, in welch losem Zusammenhang die einzelnen Bestimmungen des Vertrags mit einander stehen. In Art. 17 wird der Gerichtstand der geführten Verwaltung in noch weiterm Umfang, als §. 19 unserer Prozeßordnung ihn feststellt, anerkannt. Art. 18 läßt Widerklagen bei dem Gericht, bei welchem die Vorklage anhängig gemacht wird, zu, mit Ausnahme jedoch der in Art. 12 erwähnten Klagen, welche folglich a u s s c h l i e ß l i c h bei dem Gericht den gelegenen Sachen anzubringen sind. Für die Provokation bestimmt Art. 19 das Gericht des Provokanten als zuständig, wie auch §. 729 Abs. 2 unserer Prozeßordnung rücksichtlich der Fälle vorschreibt, da ein Ausländer zur Klage aufgefordert wird. Nach Art. 20 findet die Intervention da statt, wo der Hauptprozeß anhängig ist, was sich eigentlich von selbst versteht; endlich verfügt Art. 11, daß sowie ein Rechtstreit einmal anhängig geworden ist, die Competenz nicht wieder aufgehoben werden kann, wenn der Beklagte auch seinen Wohnsitz oder Aufenthalt verändern würde.

So weit über den Gerichtstand, welcher beiderseits d. h. von den Gerichten beider Staaten anerkannt werden muß, damit ein Urtheil auch in dem andern Staat vollzogen werde. Es ist aber der Zweifel erhoben worden, ob diese Bestimmungen auch dann maßgebend sind, wenn es sich nicht um den Urtheilsvollzug, sondern um die Frage handelt, ob ein Würtemberger in Baden, oder ein Badner in Würtemberg belangt werden kann? Man kann leicht verführt werden, sich für Bejahung dieser Frage zu entscheiden, wenn man die einzelnen Vertragsbestimmungen für sich und außer Zusammenhang in Betracht zieht; sobald man aber den Zweck des Vertrags ins Auge faßt, welcher dahin geht, den Vollzug der Urtheile im Nachbarland zu sichern, und sobald man demgemäß die einzelnen Artikel mit dem ersten, welcher den Urtheilsvoll-

zug nur gestattet, wenn die Competenz des urtheilenden Gerichts nach den Bestimmungen des gegenwärtigen Vertrags begründet ist, in Verbindung bringt, so wird man daraus schließen müssen, daß die Competenzbestimmungen nur allein zu diesem Zweck in den Vertrag aufgenommen, und daher keineswegs für die Competenz der Gerichte überhaupt maaßgebend sind. Diese muß vielmehr, abgesehen von dem Staatsvertrag, nach den sonst in jedem der beiden Länder bestehenden Gesetzen beurtheilt werden. So z. B. wird in Baden der gewählte Wohnsitz nach §. 78 der Pr.O. die Competenz auch gegen einen Würtemberger begründen, wenn auch der Staatsvertrag dessen nicht erwähnt; nicht minder wird in Erbtheilungssachen der allgemeine Gerichtsstand des Verstorbenen nach §. 16 der Pr.O. maaßgebend sein, wenn auch der Staatsvertrag das Gericht der gelegenen Erbschaft für competent hält. Zweifelhaft könnte übrigens die Zulässigkeit der Prorogation nach §. 29 ff. der Pr.O. erscheinen, weil der Staatsvertrag in Art. 5 ein daraufhin erlassenes Urtheil in einem und dem andern Staat für ungültig erklärt. Bei einer etwaigen Revision des Vertrags wird man darauf Bedacht nehmen müssen, diesen Zweifel zu lösen.

Der zweite Theil des Staatsvertrags beschäftigt sich in Art. 22—30 mit der nicht streitigen Gerichtsbarkeit und stellt in Art. 22 zwei wichtige Grundsätze auf:

1) Rücksichtlich der Form der Rechtsgeschäfte entscheiden die Gesetze des Orts, wo dieselbe eingegangen wurden.
2) Rechtsgeschäfte über Realrechte werden nach den Gesetzen des Orts beurtheilt, wo die Güter liegen.

Die Art. 23—30 enthalten Vereinbarungen über Vormundschaften solcher Personen die in beiden Staaten begütert sind. Diese sind als zweckmäßig anzuerkennen; nur Art. 26 enthält eine kleinliche Ausnahme, die recht eigentlich dazu angethan ist, Vielschreibereien und unnöthige Weitläufigkeiten zu veranlassen.

Der dritte Theil, Art. 30 — 34 handelt von der Strafgerichtsbarkeit. Nach Art. 31 sollen Strafurtheile, die in dem einen Staat erlassen wurden, an den Gütern des Verurtheilten in dem andern Staat vollzogen werden; ausgeliefert werden dagegen nur Unterthanen des Staates, der die Auslieferung verlangt, gegen Erstattung der Kosten. Art. 32. Als solche können aber, wo der Staat die Vergütung zu leisten hat, nur die baaren Auslagen aufgerechnet werden. Art. 33. Die Untersuchungsakten werden gegenseitig in Urschrift mitgetheilt. Die Pflicht der Unterthanen, sowohl in Civil- wie in Strafsachen, Zeugniß zu geben, wird gegenseitig anerkannt. Art. 34. Die übrigen Artikel enthalten transitorische Bestimmungen.

Es wird nicht unzweckmäßig sein, diesen Staatsvertrag mit andern ähnlichen zu vergleichen, was in einem zweiten Artikel geschehen soll.

II.

Bemerkenswerthe Entscheidungen des französischen Cassationshofes aus dem Gebiete des schwurgerichtlichen Verfahrens.

I.

Der italienische Flüchtling Pianori, welcher im Frühjahre 1855 ein Attentat auf das Leben des Kaisers Napoleon III. verübte, wurde durch Erkenntniß des Assisenhofes zu Paris vom 7. Mai 1855 zum Tode verurtheilt. Er ergriff das Rechtsmittel der Cassationsbeschwerde und stützte dasselbe

1) darauf, daß ihm, obgleich er nur unvollkommen die französische Sprache verstehe, für die Assisenverhandlung nicht ein Dollmetscher beigegeben worden sei;
2) darauf, daß im Laufe gedachter Verhandlung das Recht der Vertheidigung verletzt worden sei, indem der Assisenpräsident zwei Depeschen des französischen Geschäftsträgers zu Rom vom 2. und 5. Mai 1855 in der Sitzung habe vorlesen lassen, ohne daß ihm, dem Angeklagten, vor der Sitzung Kenntniß von dem Inhalte jener Depeschen, mithin die Möglichkeit, diesen Inhalt durch Gegenbeweise zu widerlegen, gegeben gewesen sei.

Zur Rechtfertigung des ersten Beschwerdegrundes berief sich Pianori auf den Art. 332 des Code d'instr. crim., welcher so lautet: Dans le cas où l'accusé, les témoins ou l'un d'eux ne parleraient pas la même langue ou le même idiome, le président nommera d'office, à peine de nullité, un interprète âgé de vingt un ans au moins et lui fera, sous la même peine, prêter serment de traduire fidèlement les discours à transmettre entre ceux, qui parlent des langages différens.

Der Cassationshof verwarf die Beschwerde, weil, was den ersten Grund derselben betreffe, aus den Protokollen der schwurgerichtlichen Verhandlung nicht erhelle, daß Pi-

anori die französische Sprache nicht verstehe, auch letzterer selbst sowenig als sein Vertheidiger die Beiziehung eines Dollmetschers beantragt habe, und weil, was den zweiten Beschwerdegrund betreffe, der Präsident, indem er die fraglichen Depeschen habe vorlesen lassen, lediglich die ihm zustehende discretionäre Gewalt (Code d'instr. cr. Art. 286. 269) in gesetzlicher Weise geübt habe.

Entscheidung des Cassationshofes vom 19. Mai 1855. Sirey 1855 I. 398.

II.

In einer Assisenverhandlung, in welcher eine Frauensperson unter der Anklage der Brandstiftung vor Gericht stand, äußerte ein Geschworener, nachdem der Vertreter der Staatsbehörde eine Frage an die Angeklagte gerichtet hatte, mit lauter Stimme, „Herr Generaladvocat, ich mache Sie darauf aufmerksam, daß die Angeklagte, als Sie sagten, dieselbe habe vielleicht die Papiere in ihren Kleidern verborgen gehabt, erblaßte." Auf diese Aeußerung wurde Seitens der verurtheilten Angeklagten eine Nichtigkeitsbeschwerde gegründet, indem behauptet wurde, der betreffende Geschworene habe im Laufe der Verhandlung seine Meinung von der Schuld der Angeklagten kund gegeben, und hiedurch sei gegen die Art. 312. 328. 353 des Code d'instr. crim. verstoßen worden. Der Cassationshof verwarf die Beschwerde, indem er davon ausging, daß die fragliche Bemerkung des Geschworenen, wenn sie sich auch als ordnungswidrig (irrégulière) darstelle, doch keine Offenbarung der Meinung des Geschworenen über den Gegenstand der Anklage in sich fasse.

Entscheidung des Cassationshofes v. 14. Juni 1855. Sirey 1855 I. 623.

III.

Das französische Gesetz vom 4. Juni 1853 schreibt im Art. 4 vor, daß, wer nicht französisch lesen und schreiben könne, nicht fähig sei, Geschworenener zu sein. Es wurde nun eine Nichtigkeitsbeschwerde darauf gegründet, daß einer der Geschworenen, die in einem betreffenden Fall geurtheilt hatten, weder zu lesen noch zu schreiben verstehe. Der Cassationshof verwarf die Beschwerde, weil die soeben mitgetheilte Vorschrift des Art. 4 des Gesetzes vom 4. Juni 1853 für den Fall ihrer Nichtbeachtung nicht die Nichtigkeit drohe, und weil überdies nicht feststehe, ob der fragliche Geschworene wirklich nicht lesen und schreiben könne.

Entscheidung des Cassationshofes v. 8. März 1855. Sirey 1855 I. 621.

IV.

Ein gewisser Jacques Fourmentin stand unter der Anklage der Nothzucht (viol. C. p. art. 331) und eines gewaltsamen Angriffes auf die Schamhaftigkeit (attentat à la pudeur avec violence C. p. ibid.) vor dem Schwurgerichte. Er wurde von den Geschworenen dieser Verbrechen für nichtschuldig erklärt. Die Staatsbehörde verfolgte ihn sofort auf den Grund der Thatsachen, auf welche sich die zurückgewiesene Anklage gestützt hatte, wegen des Vergehens der Beleidigung der öffentlichen Sittlichkeit (outrage public à la pudeur C. p. art. 330).

Dieses Vergehen ist von den Zuchtpolizeigerichten abzuurtheilen. Das betreffende Zuchtpolizeigericht wies indessen die neuerdings eingeleitete gerichtliche Verfolgung als unstatthaft zurück, da die durch das Schwurgericht geschehene Freisprechung nach Art. 360 des C. d'instr. cr. jedes weitere gerichtliche Einschreiten wegen der That, welche Gegenstand der schwurgerichtlichen Verhandlung gewesen, unthunlich mache. (Der Art. 360 lautet: Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait.) Die Staatsbehörde ergriff gegen den Spruch des Zuchtpolizeigerichts die Nichtigkeitsbeschwerde. Der Cassationshof vernichtete den Spruch. Er erklärte in den Entscheidungsgründen zu seinem Erkenntnisse, die neue Anschuldigung ruhe, wenn sie sich auch auf dieselbe That stütze, wie die frühere Anklage, doch nicht auf den nämlichen Grundlagen (eléments matériels), wie letztere, auf der einen Seite nämlich seien die Thatumstände des Angriffs (attentat) und der Gewalt wesentliche Bestandtheile der vor dem Schwurgerichte besprochenen Verbrechen, nicht aber des vor dem Zuchtpolizeigerichte zur Sprache gekommenen Vergehens, auf der andern Seite sei die Oeffentlichkeit ein wesentlicher Bestandtheil des letzterwähnten Vergehens, keineswegs aber jener Verbrechen. Endlich habe ja der Wahrspruch der Geschworenen die fragliche That nicht unter dem Gesichtspunkt einer Beleidigung der öffentlichen Sittlichkeit (outrage public à la pudeur) gewürdigt, da den Geschworenen eine Frage über das Vorhandensein der thatsächlichen Grundlagen dieses Vergehens nicht vorgelegt worden sei.

Entscheidungen des Cassationshofes v. 12. März 1853 und 21. Februar 1855.

Sirey 1853 I. 232 und 1855 I. 315.

Die in der letzterwähnten Entscheidung behandelte

Frage, ob Jemand, nachdem er wegen einer als Verbrechen (crime) charakterisirten That vor dem Schwurgerichte gestanden und von demselben freigesprochen worden, wegen derselben That unter der Anschuldigung, damit ein Vergehen (délit) begangen zu haben, vor das Zuchtpolizeigericht gestellt werden könne, hat in Frankreich schon vielfach Anlaß zu wissenschaftlichen Erörterungen und Entscheidungen der Gerichtshöfe gegeben. Der Gerichtsgebrauch, namentlich der des Cassationshofes bejaht die Frage indessen entschieden. Es wurde demnach auch bereits erkannt, daß eine des Kindsmordes vom Schwurgerichte freigesprochene Person wegen fahrlässiger Tödtung (homicide par imprudence) oder wegen Kindesaussetzung

Entscheidung des Cassationshofs vom 25. November 1841,
(Sirey 1842 I. 93), vom 5. Februar 1841,
(Sirey 1842 I. 258), vom 6. März 1845,
(Sirey 1845 I. 619), vom 20. April 1850,
(Sirey 1850 I. 702),

ein des Mordversuchs vom Schwurgerichte Freigesprochener wegen Körperverletzung,

Entscheidung des Cassationshofs v. 16. Juli 1842
(Sirey 1842 I. 734)

und ein der boshaften Zahlungsflüchtigkeit vom Schwurgerichte Freigesprochener wegen leichtsinniger Zahlungsflüchtigkeit

Entscheidung des Cassationshofes vom 13. August 1825, der Gerichtshöfe zu Nancy und Montpellier v. 11. Mai 1838 und 14. August 1837,

vor das Zuchtpolizeigericht gezogen werden könne.

III.

Zieht der Pächter den Vortheil einer Anschwemmung.

(Marcadé: ad Art. 1722).

Die Bestimmung des Art. 1722 scheint die Beantwortung der unter den Schriftstellern bestrittenen Frage zu erleichtern, ob die Vergrößerung des Pachtguts durch Anschwemmung während der Pachtzeit als Bestandtheil dieses Pachtes angesehen werden müsse, oder nicht? Duranton (XVII—81) unterscheidet, ob das Gut nach seinem Flächengehalt verpachtet worden ist, oder nicht; in diesem Falle spricht er dem Pächter den Vortheil der Anschwemmung ohne Pachtzinserhöhung zu, und entscheidet in jenem, daß der Pächter eine verhältnißmäßige Erhöhung zahlen müsse. Troplong (I—190) meint, der Vortheil der Anschwemmung gehöre immer unbedingt und ohne Unterschied dem Pächter. Chardon (Alluv. No. 157), Duvergier (I—356) und Toulier (VI. p. 235), dagegen sind der Meinung, daß in allen Fällen eine Erhöhung des Pachtzinses gefordert werden könne.

Diese letztere Ansicht erscheint uns, vorbehaltlich zweier Einschränkungen, als die allein richtige. Wenn zunächst die Anschwemmung von gar keinem Belange ist, dann muß man mit Troplong sagen, daß sie in der Gesammtheit der Bestandsache aufgehe, und daß der Pächter, der keine Entschädigung für ganz kleine Landstückchen, welche das Wasser etwa von seinem Felde wegnimmt, ansprechen kann, nach der ganz natürlichen Absicht der Vertragspersonen ebenso wenig mit einer Preiserhöhung für die ebenfalls ganz kleinen Stückchen, welche das Wasser dem nemlichen Felde etwa zuführen mag, belastet werden kann. Wenn es sich aber um eine beträchtliche Anschwemmung handelt, wenn z. B. (wie es an den Ufern der Seine zwischen Rouen und Havre häufig vorgekommen ist) eine Wiese von zwanzig Hectaren um 4 oder 5 Hectare vergrößert wird, dann kann man nicht, nach dem Grundsatze Durantons und Troplongs, als welcher, wie uns scheint, aus guten Gründen von Pothier (No. 278) verworfen wird, annehmen, daß der Miether, der nach Art. 1722 eine bedeutende Herabsetzung des Pachtzinses hätte fordern können, wenn der Fluß ihm 4 oder 5 Hectare genommen hätte, diesen neuen Boden ohne Erhöhung benützen dürfe. Wir stellen hier, mit Chardon, Duvergier und Toulier, die Behauptung auf, daß eine verhältnißmäßige Erhöhung des Pachtzinses gefordert werden darf. Unsere zweite Beschränkung der Ansicht dieser Schriftsteller besteht darin, daß, da der Pächter möglicher Weise nicht in der Lage sein kann, einen höheren Pachtzins zu bezahlen um eine größere Nutzung zu haben, man ihm die Wahl lassen muß, entweder die Anschwemmung gegen Bezahlung zu benützen, oder in seiner vorhergehenden Stellung zu verbleiben, ebenso wie ihm der Art. 1722, im Falle einer Verminderung der Sache, das Recht gibt zwischen einer geringeren Nutzung und einer Auflösung zu wählen.

Adrian Pfaff.

IV.

Beschwerdeführung gegen Verweisungserkenntnisse der Anklagekammer.

§. 82 des Gesetzes vom 5. Februar 1851.

Karl Oberle von Y. ward von der Anklagekammer beim Hofgericht des Seekreises auf den Grund des §. 484 St.G.B. wegen Meineids unter der Anschuldigung in den Anklagestand versetzt und an das Schwurgericht verwiesen, daß er in einem Civilprozesse mit Gregor Binder den ihm zugeschobenen Eid wissentlich falsch geschworen habe. Oberle ergriff hiegegen die Beschwerdeführung, welche jedoch vom großh. Oberhofgericht als unbegründet verworfen wurde. In den Entscheidungsgründen ist gesagt:

In den gegen das Erkenntniß der Anklagekammer aufgestellten Beschwerden behauptet der Beschwerdeführer, daß es an einer verbrecherischen mit Strafe bedrohten That fehle. Zu dieser Folgerung gelangt er durch die versuchte Nachweisung, daß der Beweis der Anschuldigungsthatsache, wornach der Beschwerdeführer den Eid wissentlich falsch geschworen habe, nicht erbracht sei, daß beziehungsweise aus den Civilprozeßakten der Gegenbeweis sich ergebe, indem dort von Binder eine Uebereinkunft zugestanden worden sei, welche von der auf der Eid gegebenen wesentlich abweiche. Es wird sich also mit andern Worten darüber beschwert, daß die Anklagekammer den Beschwerdeführer wegen einer von ihm nicht verübten oder gegen ihn nicht erwiesenen Handlung vor das Schwurgericht gestellt habe.

Allein eine Beschwerde in dieser Richtung beruht auf einer offenbaren Mißkennung der Bestimmung des §. 82 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 und entbehrt deßhalb jeder Begründung, weil gerade die Beurtheilung darüber, ob der Angeklagte der im Verweisungserkenntniß bezeichneten That schuldig ist oder nicht, den Gegenstand der schwurgerichtlichen Verhandlung bildet. Nur wenn der Beschwerdeführer hätte darthun können, daß kein Gesetz die ihm angeschuldigte Handlung mit Strafe bedroht, hätte seine Beschwerde im §. 82 des angezogenen Gesetzes ihre Begründung gefunden. Solcher Gestalt wurde die Beschwerde nicht aufgestellt, sie konnte auch in dieser Weise nicht begründet werden, weil die That durch die im Verweisungserkenntniß angeführte Bestimmung des St.G.B. wirklich mit Strafe bedroht ist. Aus diesen Gründen war die erhobene Beschwerde als unbegründet zu verwerfen. Hgr.

V.

Steht dem Beschädigten, der sich dem Strafverfahren angeschlossen hat, das Recht der Einsprache oder Beschwerde gegen die vom Gericht verfügte Freilassung des Angeschuldigten aus dem Untersuchungsverhaft zu?

Von dem Hofgericht des Seekreises wurde die Freilassung eines fürstenbergischen Rentbeamten, der wegen Unterschlagung zum Nachtheil der Standesherrschaft Fürstenberg in Untersuchung und Verhaft gezogen worden war, aus dem Untersuchungsarrest gegen eine zu stellende Ca[illegible]n von 500 fl. verfügt. Hiegegen erhob die fürstenbergische Domänenkanzlei, welche sich Namens der beschädigten Standesherrschaft dem Strafverfahren angeschlossen hatte, Einsprache und eventuell Beschwerde an großh. Oberhofgericht. Von dem Hofgericht wurde jedoch die Einsprache als unstatthaft verworfen, weil das Gesetz dem Beschädigten, der sich dem Strafverfahren angeschlossen hat, nirgends das Recht zur Einsprache gegen die vom Gerichte erkannte Freilassung des Angeschuldigten aus dem Untersuchungsverhafte, sondern nur das Rechtsmittel der Beschwerdeführung in den Fällen des §. 296 und 337 St.Pr.O. gestatte §. 338 daselbst.

Ebenso erkannte großh. Oberhofgericht, daß die Beschwerde als unstatthaft verworfen werde, aus folgenden Gründen:

Die fürstlich fürstenbergische Domänenkanzlei beschwert sich gegen den hofgerichtlichen Beschluß, wodurch die Entlassung des N. N. aus dem Untersuchungsverhaft gegen Stellung einer Caution von 500 fl. verfügt wird, indem sie zugleich die Fortdauer der Verhaftung beantragt.

Zur Erhebung einer solchen Beschwerde ist nach §. 192 St.Pr.O. nur der Staatsanwalt befugt, dagegen gibt der Titel XXII. jenes Gesetzes, welcher nach §. 27 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 in Wirksamkeit getreten ist, dem Beschädigten, welcher sich dem Strafverfahren angeschlossen hat, nirgends ein derartiges Beschwerderecht, dasselbe ist vielmehr durch §. 338 auf die Fälle der §§. 293 und 337 St.Pr.O., von welchen hier keiner vorliegt, beschränkt. Dies folgt auch von selbst aus der Stellung der Civilpartie im Strafprozesse, indem ihre Anschließung nur allein die Verfolgung privatrechtlicher Ansprüche gegen den Angeschuldigten bezweckt, ihr also jede Einwirkung auf den Gang der Untersuchung, insbesondere auf die Beschränkung der persönlichen Freiheit des Angeschuldigten entzogen bleiben muß, weil eine solche Maßregel mit dem Civilanspruch in keinem Zusammenhang steht, sondern schlechthin Ausfluß der Strafgewalt ist. Aus diesen Gründen war die erhobene Beschwerde als unstatthaft zu verwerfen. Hgr.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bader. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. **Jahrgang XXIII.** **No. 23.**

I.

Erörterungen aus dem Gebiete der Strafgesetzgebung.

Die Voraussetzungen der polizeilichen Aburtheilung geringer Entwendungen, Unterschlagungen und Betrügereien. St.G.B. §. 477. Erschwerungsgründe beim Diebstahl. §. 385. Entwendung und Unterschlagung von Eßwaaren u. s. w. §. 397. 406.

(Zur Berichtigung der Grenzen der Polizei- und Richtergewalt.)

Ein Theil der neueren deutschen Strafgesetzgebungen hat, dem gemeinen deutschen Strafrecht folgend, Entwendungen und andere damit verwandte Vergehen gegen fremdes Eigenthum ohne Rücksicht auf die Geringfügigkeit des Werthbetrages unter den strengeren Begriff der gerichtlich strafbaren Vergehen, beziehungsweise Verbrechen, gestellt, während andere deutsche Strafgesetze Entwendungen und ähnliche Vergehen im Falle eines geringen Werthbetrages unter gewissen Bedingungen, namentlich unter der Voraussetzung, daß sie nicht unter besonderen erschwerenden Umständen verübt wurden, als blose Polizeifrevel (Polizeivergehen) der strafrichterlichen Aburtheilung entzogen haben.

Unser Strafgesetzbuch, dessen Entwurf sich in diesem Punkte der Strenge des älteren, auch noch im Strafedict vom Jahr 1803 beibehaltenen Rechtes angeschlossen hatte, hat sich vermöge des auf Vorschlag der ersten Kammer der Landstände eingeschalteten §. 477 (433 a) den Gesetzgebungen der letzteren Art angereiht; es hat jedoch insofern einen Mittelweg eingeschlagen, als es nicht wie Oesterreich [1]), Bayern [2]), Würtemberg [3]), Braunschweig [4]), einen Betrag von mehr als 5 fl. oder eine noch frühere Summe zur gerichtlichen Bestrafung fordert, sondern ähnlich wie Hannover [5]) einen weit geringeren Betrag zur Begründung eines gerichtlich strafbaren Vergehens für hinreichend erklärt, so daß nur Entfremdungen von ganz geringem Werthe [6]) der polizeilichen Aburtheilung anheimfallen.

Die Voraussetzungen, unter denen nach badischem Strafrecht die polizeiliche Aburtheilung bei gemeinen Entwendungen von geringem Betrag, und in gleicher Weise auch in Fällen der Unterschlagung und des Betruges, Platz greift, sind nach Maaßgabe des §. 477 nicht blos:

1) daß der Werth der Entwendung, Unterschlagung u. s. w., 1 fl. nicht übersteigt, sondern auch

2) daß ein erster oder höchstens ein zweiter Fall, der blos polizeilich zu bestrafenden Entwendung, be-

---

[1]) St.G.B. von 1852 §. 173. 174, II. 175, II. 176, II. 460. 461. Mehr als 25 fl., in gewissen Fällen mehr als 5 fl.

[2]) Diebstahlsnovelle vom Jahr 1817, I—V.

[3]) St.G.B. Art. 321.

[4]) St.G.B. §. 216. Mehr als 5 Thaler, in gewissen Fällen jedoch schon mehr als 2 Thaler.

[5]) St.G.B. Art. 284. Ein Thaler.

[6]) Nach dem Vorschlag der zweiten Kammer solle zum Thatbestand eines Diebstahls eine Sache „von einigem Werth" gefordert werden. Glücklicher Weise wurde diese unbestimmte Fassung, welche der richterlichen Willkür und dem Schwanken der Meinungen einen allzugroßen Spielraum gelassen haben würde, als unstatthaft erkannt. Hinsichtlich der Größe des Werthbetrages traten bei den landständischen Verhandlungen verschiedene Meinungen und Vorschläge hervor. Staatsrath Jolly wollte nur einen Betrag bis zu 30 Kreuzern (zugleich mit Beschränkung auf den ersten Fall) der polizeilichen Erledigung überlassen, weil gewöhnliche Diebstähle nach der Erfahrung allzuhäufig den Werthbetrag von 1 Gulden nicht erreichten; Frhr. von Andlaw erklärte sich dagegen für Festsetzung eines noch höhern Werthbetrages als 1 Gulden.

ziehungsweise Unterschlagung Betrügerei, vorhanden ist; ferner

3) daß die That (die Entwendung oder Unterschlagung) nicht unter erschwerenden Umständen verübt wurde (§. 385. 404), endlich auch

4) daß derselben, wenn sie auch sonst nur einen ersten oder zweiten Fall der fraglichen (nämlichen) Art des Vergehens darstellen würde, nicht schon eine gerichtliche Bestrafung wegen eines der drei mehrerwähnten Vergehen vorausgegangen ist.

Von den aufgezählten Voraussetzungen (Ziff. 1 bis 4) sind fast alle von der Beschaffenheit, daß in Bezug auf die Frage ihres Vorhandenseins im einzelnen Falle leicht Zweifel und Irrungen entstehen können, wie sich aus der Fassung des erst nachträglich in das System des Gesetzes eingeschalteten §. 477 und aus dem Zeugniß der Erfahrung ergibt. Zu näherer Verständigung über den richtigen Sinn des Gesetzes mögen die folgenden Erörterungen dienen:

Zu I.) In Bezug auf die Berechnung des Werthes können erhebliche Zweifel nicht leicht entstehen. Gemäß §. 378. 406 und 457 entscheidet überall der gemeine Werth den die entzogene Sache zur Zeit der verübten That hatte; jedoch ist in dem Falle, wenn der Thäter durch die That selbst oder zum Zweck ihrer Ausführung, eine andere, ihm zum Vorsatz zuzurechnende Beschädigung bewirkt hat, der betreffende weitere Schadensbetrag bei der Entwendung sowie auch der Unterschlagung, nicht aber auch bei dem Betrug [7]) nach §. 380 mit in Rechnung zu bringen. [8]) Wenn gleich die Bestimmung des §. 378 und 379 und insbesondere des §. 580 zunächst in Bezug auf die gesetzliche Abstufung des Strafsatzes, nicht in Bezug auf die Begriffsbestimmung des gerichtlich strafbaren Diebstahls, namentlich nicht in Beziehung auf die erst später eingeschaltete Vorschrift des §. 477 gegeben wurde, auch die Bestimmung des §. 380, welche im Entwurf des Strafgesetzbuches nicht in gleicher Weise enthalten war [9]), im Wesen des gesetzlichen Diebstahlbegriffes an sich keine genügende Begründung finden möchte, somit der in §. 477 vorgesehene Werth des Gegenstandes, in einem engern Sinne aufgefaßt, wohl auf den eigentlichen Werth der Entwendung und Unterschlagung selbst beschränkt werden könnte, so wird man sich immerhin, dem System des Gesetzes entsprechend, bei der Allgemeinheit des aufgenommenen Grundsatzes und in Ermanglung einer im Gesetze ausgesprochenen Unterscheidung, auch in unserem Falle für die Anwendbarkeit der fraglichen Werthbestimmungen entscheiden müssen.

Daß bei mehreren zusammentreffenden Entwendungen, Unterschlagungen oder Betrügereien auch hier die Zusammenrechnung der einzelnen Beträge (§. 478. 479) Statt findet, ist in §. 477 Abs. 2 besonders bestimmt. [10])

Ist die That ein bloser Versuch geblieben, so ist in Anwendung des in §. 113 niedergelegten Grundsatzes die niedrigste Classe der Beschädigung, mithin ein Werthbetrag von nicht mehr als 1 fl., zu Gunsten des Angeschuldigten als in Frage stehend anzunehmen, sofern sich nicht aus den Umständen des einzelnen Falles ein Anderes ergibt.

Zu II.) Aus der Fassung des Gesetzes (die erste und zweite Entwendung, die erste und zweite u. s. w.) geht unzweifelhaft hervor, daß hier stets nur das bezügliche gleiche, nicht eines der anderen bezüglichen gleichartigen Vergehen polizeilicher Natur in Anschlag kommen soll. [11]) (Anders bei der Frage, ob schon eine gerichtliche Bestrafung vorausging, gemäß Ziff. IV., siehe unten.

Daß hiebei ein vor der abermaligen Begehung durch ein verkündetes Straferkenntniß festgestelltes Vergehen gemeint ist, erscheint zwar durch den Wortlaut des Gesetzes nicht besonders ausgedrückt, es muß dieses jedoch im Sinne der Gesetzgebung nach Maßgabe der allgemeinen

---

7) Dies ergibt sich aus der Fassung des §. 457 in Vergleichung mit §. 406.

8) Beyspiele dieser Art: Zertrümmerung des kostbaren Gefäßes, worin die weggenommene oder anvertraute Sache sich befand, zum Zweck der Erlangung der Sache; Zerstörung oder Entwerthung anderer Gegenstände zum Zweck der Durchführung der That.

9) Nach dem Regierungsentwurf sollte eine derartige weitere Vermögensbeschädigung, auch im Falle des Vorsatzes, als Beschädigung aus Muthwillen besonders bestraft werden, insofern sie nicht in ein anderes schwereres Verbrechen überging.

10) Hier, wo fortgesetzte, beziehungsweise als fortgesetzt behandelte Vergehen in Frage stehen, kommen nur Vergehen einer und derselben Art in Betracht, nicht auch gleichartige Vergehen wie bei dem Rückfall. Vrgl. §. 180. 181. 478, besonders §. 479.

11) Nach dem ursprünglichen Beschluß der ersten Kammer sollte nur der erste Fall der polizeilichen Aburtheilung überlassen werden, im Jahr 1842 beschloß dieselbe Kammer die Ausdehnung der polizeilichen Erledigung auch auf den zweiten Fall. Es wurde hiebei darauf hingewiesen, wie andere deutsche Gesetze hierin noch weiter gehen, und obige Ausdehnung mit anderen ähnlichen Bestimmungen des Gesetzes (z. B. wegen Feldfrevel, Fischereifrevel u. s. w.) im Einklang stehe.

Grundsätze über den Rückfall (§. 184) sicher vorausgesetzt werden [12]), wie sich auch aus der Erwägung entnehmen läßt, daß ja bei zwei noch nicht durch Urtheil erledigten, wenn gleich durch Ort und Zeit getrennten Fällen gemäß dem zweiten Absatze des §. 477 die Zusammenrechnung der Beträge einzutreten hat. [13])

Folgerichtiger Weise und im Sinne des Gesetzes wird man denn auch einer nach Maßgabe der gewöhnlichen gesetzlichen Bestimmungen (§. 200. 201) in Bezug auf Rückfälligkeit verjährten früheren Fall hier nicht in Anschlag zu bringen haben, obwohl dieses durch die Fassung des §. 477 nicht ausgedrückt und die Anwendung der strafrechtlichen Verjährung auf Polizeiübertretungen sonst wohl beanstandet werden mag. [14]) Auch das Recht der wiederholten Prüfung der Rechtmäßigkeit der früheren Erkenntnisse im Falle eines erheblichen Anstandes nach der Regel des §. 186 wird der über den jüngsten Fall entscheidenden Behörde eingeräumt werden müssen [15]), ein Recht, von dem freilich stets, und namentlich hier, nur mit besonderer Vorsicht und vernünftiger Maaßbeschränkung Gebrauch zu machen ist.

Zu III.) Nach dem Gesetze unterliegen **gemeine Entwendungen** (**gefährliche Diebstähle** können schon hienach und ihrer Natur gemäß nicht hierher gehören) sowie **Unterschlagungen** auch nur dann der mildern Behandlung als Polizeifrevel, wenn sie **nicht unter erschwerenden Umständen**, gemäß §. 385, beziehungsweise 404, verübt worden sind.

Wenn in Bezug auf **Betrügereien** eine ähnliche Beschränkung nicht beigefügt wurde, so erklärt sich dieß dadurch, daß bei dem Vergehen des Betrugs besondere Erschwerungsgründe in ähnlicher Weise von unserer Gesetzgebung nicht aufgestellt, die ausgezeichneten Arten des Betrugs (im engeren und weiteren Sinne) vielmehr unter besonderem Namen als besondere Vergehen aufgeführt sind [16]), wie z. B. Betrug zur Beeinträchtigung von Familienrechten, Fälschung aus Gewinnsucht [17]), Zahlungsflüchtigkeit, Ausgaben falscher oder verfälschter Münzen ohne Einverständniß mit dem Urheber u. s. w. Die Absicht der Gesetzgebung war aber unzweifelhaft darauf gerichtet, kleine Betrügereien in gleichem Maße, wie unbedeutende Entwendungen und Unterschlagungen dem Polizeirichter zu überlassen. [18]) Es wurde demgemäß der §. 450 und 458 (§. 409 und 416 des Entwurfes) ersterer als die allgemeine Strafbestimmung wegen des Betruges **aus Gewinnsucht**, letzterer als die allgemeine Strafbestimmung wegen des Betruges **ohne gewinnsüchtige Absicht**, im §. 477 hervorgehoben und sicher liegt es im Sinne des Gesetzes, daß auch die anderen, in den auf §. 450 folgenden Gesetzesbestimmungen näher beschriebenen Fälle des gemeinen Betruges mit eingeschlossen sein sollen. Insoweit es sich um Fälle handelt, welche das Gesetz ausdrücklich als **Betrug** be-

---

[12]) Vrgl. die Abhandlung von **Haager** in Annalen Jahrgang **XVIII.** S. 251 Zif. 6. S. 122; ferner die annalogen Bestimmungen des St.G.B. §. 398. 644. 651. 653; 255. 639 (s. die **vorige** Note), deßgl. **österreich.** St.G.B. §. 176, **II** a.

[13]) Z. B., wenn die **erste** Entwendung im **Januar**, eine **weitere** (**vor** Aburtheilung der ersteren) im März Statt fand. Allerdings tritt hier nach Umständen ein etwas befremdendes Ergebniß hervor. Betrifft nämlich die erstere Entwendung den Betrag von 40 Kreuzer, die weitere den Betrag von 21 Kreuzer, so tritt die **gerichtliche** (also die **strengere**) Behandlung, nicht ganz im Einklang mit den sonstigen Grundsätzen des Gesetzes, in dem Falle ein, wenn der erste Fall noch nicht abgeurtheilt war, wogegen, wenn die Aburtheilung des ersten Falles schon Statt fand, der Thäter auch wegen des weitern Falles mit blos polizeilicher Bestrafung davonkommt. In Bezug auf mehrere zusammentreffende **Feldfrevel** hat das Gesetz durch die Bestimmung, daß dieselben in kurzen, **vier Wochen** nicht übersteigenden Zeiträumen verübt sein müssen, in ähnlichem Falle eine ausgleichende Vorsorge getroffen (§. 399). Ein Mangel an Einklang in den verschiedenen, nahe verwandten Gesetzesbestimmungen macht sich hier besonders bemerkbar. Vrgl. die in der vorhergehenden Note angeführten Paragraphen des St.G.B.

[14]) Hier, wo es sich um die Begründung der **strafrichterlichen** Zuständigkeit handelt, werden immerhin die **strafrechtlichen** Grundsätze über Verjährung als maaßgebend zu betrachten sein.

[15]) So auch **Haager** in dem in Note 12 angeführten Aufsatz, S. 251. Auch scheint die Uebung der Gerichte sich hiefür entschieden zu haben. In Bezug auf **Rückfälle bei Forstfreveln** ist das Recht der wiederholten Prüfung der Rechtmäßigkeit der früheren Erkenntnisse den Gerichten durch §. 169 d des Forstgesetzes (aus besonderen Gründen) entzogen.

[16]) Dieser Gesichtspunkt dient auch in anderer Richtung zur Erklärung unserer Gesetzesstelle, siehe weiter unten zu **IV.**

[17]) Daß das badische Strafgesetzbuch die **Fälschung** in Tit. **XXX.** und erst im folgenden Tit. **XXXI.** den **Betrug** behandelt, erscheint wohl als eine Umkehrung der natürlichen Ordnung, die der richtigen Auffassung nicht förderlich ist. Mit Recht wurde dies schon von mehreren Seiten angedeutet.

Vrgl. **Marezoll's** gemeines deutsches Criminalrecht, §. 161, besonders Note 3.

Annalen Jahrg. **XVIII.** S. 314, die zweite Note.

[18]) Vrgl. den Commissionsbericht der ersten Kammer zum Entwurf des Strafgesetzbuches Tit. **XXXI.** bis **XXXVI.** von **Vogel**, Protokolle der ersten Kammer 1841, erstes Beilagenheft, S. 285.

zeichnet und mit der Strafe des Betruges unter Hinweisung auf §. 450 bedroht, wird man dieß ohne Bedenken annehmen dürfen. Dieß gilt namentlich von den Fällen der §§. 451 bis 455, welche nur eine nähere Anwendung und Maßbestimmung der Hauptregel des §. 450 darstellen.[19]) Mehr Stoff zur Beanstandung bieten die in §. 459 bis 465 besonders aufgestellten Fälle, nemlich Vernichtung und Unterdrückung von Urkunden, Verfügung über eine mit Beschlag belegte oder über eine zum Faustpfand gegebene eigene Sache, betrügliche Entwendung eigener Sachen, und Betrug gegen Gläubiger. Es läßt sich nemlich wohl nicht verkennen, daß in der zweiten Hälfte des Titels XXXI, von §. 459 anfangend, eine Reihe von Vergehungen abgehandelt werden, die zwar gesetzlich hiedurch unter den Begriff des Betrugs gestellt und mit der Strafe des Betruges bedroht wurden, gleichwohl aber ihrem Thatbestande nach vom gewöhnlichen Begriff des Betruges (wenigstens vom Betrug im engeren Sinne) mehr oder weniger abzuweichen scheinen[20]), zum Theil wohl auch nur als gelegentlich in dieser Stelle mit aufgeführt betrachtet werden könnten, überdieß zu großem Theil auch von der Art sind, daß hiebei wohl die Untersuchung und Bestrafung durch eine Richterbehörde als stets angemessen angesehen werden möchte. Diese Gegengründe scheinen in Vergleichung mit der Fassung des §. 477, in der That von Gewicht zu sein. Nichtsdestoweniger dürfte die Rücksicht entscheiden, daß das Strafgesetzbuch unzweifelhaft jene Vergehungen unter den Begriff des Betruges im engeren Sinne gestellt und sie (abgesehen von dem hier nicht in Betracht kommenden ausgezeichneten Vergehen der Zahlungsflüchtigkeit) mit der Strafe des Betruges bedroht hat, somit die fraglichen Vergehen, von welchem anderen Gesichtspunkte man solche oder einzelne derselben etwa sonst auch hätte betrachten können[21]), nach badischem Gesetz als Betrug behandelt werden müssen, wie denn solche Vergehen, insoweit sie sich als auf Gewinnsucht beruhende Betrügereien darstellen, auch in Bezug auf den Rückfall in den Betrug als das gleiche Vergehen[22]) in Anschlag zu bringen sein werden, daß aber auch kein genügender Grund vorliegt, derartigen Vergehen, wenn sie nur ganz geringe Werthbeträge betreffen, die Gunst der blos polizeilichen Aburtheilung zu versagen, während man andere Betrügereien dieselbe gewährt.

Bei dem Fall des §. 465 (Betrug gegen Gläubiger) kann die Vorschrift des §. 477 deßhalb nicht wohl in Frage kommen, weil nach der Natur dieses allerdings auch mit der Strafe des gemeinen Betrugs bedrohten Vergehens fast immer ein nicht so ganz geringer Werthbetrag, eine Verkürzung von etwas erheblicherem Belang, hiebei vorausgesetzt werden darf. Sollte es sich jedoch etwa in einem besonderen Falle, z. B. nur um Verheimlichung oder Beiseitschaffung von einzelnen Sachen handeln, deren Werth zusammen einen Gulden nicht übersteigt, so dürfte der Anwendung des §. 477 nichts im Wege stehen.

---

[19]) Zum Theil enthalten dieselben allerdings auch eine, wiewohl nicht bedeutende Ausdehnung der Hauptbegriffsbestimmung in Betreff des Betruges. Gerade deßhalb aber dürfen derartige Fälle wohl um so weniger der polizeilichen Zuständigkeit, sofern die sonstigen Voraussetzungen hiezu vorliegen, gänzlich entzogen werden, wie dies namentlich bei der Betrachtung des in §. 451 vorgesehenen Falles, wobei der Schuldige nur von drei Viertheilen der sonst gedrohten Strafe getroffen wird, klar ersichtlich wird.

Auch der Betrug bei Abschließung von Verträgen muß, wenn er auf gesetzmäßige Anzeige des Beschädigten abgeurtheilt wurde oder einer solchen Anzeige gemäß §. 456 ausnahmsweise hiezu nicht bedurfte, nach §. 477 behandelt werden.

[20]) Vergl. hiewegen die Bemerkungen von Kettenacker in den Annalen Jahrg. XVIII. S. 408. 409 folgende. Wenn übrigens die Vergleichung und Beachtung der Grundsätze des gemeinen deutschen Strafrechts und der Ergebnisse der Wissenschaft für die richtige Auffassung des badischen Strafgesetzes auch unstreitig von hoher Bedeutung erscheint, so wird es doch, bei dem bekannten Schwanken und Widerstreit, welche in Ermanglung eines festen Princips in Bezug auf den Begriff des Betruges sowohl im gemeinen deutschen Strafrecht als in den neueren deutschen Strafgesetzgebungen uns aufstoßen, nicht gestattet sein, den Begriff des Betrugs für das badische Recht nach einem hergebrachten oder willkürlich aufgestellten Gattungsbegriffe zu modeln, es wird vielmehr dieser Begriff aus den Fällen des St.G.B. Titel XXXI. in ihrer Gesammtheit, verglichen mit andern bezüglichen Gesetzesbestimmungen, zu schöpfen sein. Vergl. Marezoll's gemeines deutsches Criminalrecht als Grundlage der Strafgesetzgebungen §. 157 folgende, insbesondere §. 161.

[21]) Auch unter dem Gesichtspunkte der Unterschlagung würden solche Vergehungen immerhin unter die Vorschrift des §. 477 passen.

[22]) Man vergleiche die Bestimmung des §. 479, wonach mehrfache Uebertretungen, „welche mit der Strafe des gewinnsüchtigen Betrugs (§. 450) bedroht sind," geeigneten Falls als fortgesetzte Verbrechen bestraft werden. Was in Bezug auf die Fortsetzung von Vergehen gilt, bei welcher stets das gleiche Vergehen vorausgesetzt wird, das muß um so mehr in Bezug auf den Rückfall gelten, bei welchem sonst schon ein blos gleichartiges Vergehen hinreicht.

Der Fall des §. 466 [23]) (leichtsinnige oder muthwillige Ueberschuldung) kann dagegen in mehrfacher Hinsicht hier überall nicht in Frage kommen.

Was die nach dem Obigen hier in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen über die besonderen Erschwerungsgründe bei Entwendungen und Unterschlagungen betrifft, so haben diese Erschwerungsgründe, namentlich die auf Diebstähle bezüglichen, wenn sie auch sonst je nach ihrer minderen Schwere und wegen des dem richterlichen Ermessen bei der Wahl des Strafmaßes gegebenen Spielraumes zum Theil wohl von geringerer Bedeutung erscheinen könnten, durch die Vorschrift des §. 477 eine viel weiter reichende Bedeutsamkeit erhalten, insofern sie für die Frage der gerichtlichen oder polizeilichen Zuständigkeit von entscheidendem Gewichte sind. Dieser Gesichtspunkt verdient bei der Prüfung der Erfordernisse des §. 385 stets eine sorgfältige Beachtung. Man wird demgemäß die in Frage stehenden Erschwerungen strenger, als es sonst vielleicht nöthig scheinen möchte, auf die im Gesetze bezeichneten Fälle zu beschränken haben, obwohl immer nur in dem Maße, daß die erkennbare Absicht des Gesetzes hiebei in ihrem ganzen Umfang zur Geltung kommt. Einige von den Fällen des §. 385, namentlich solche, die als minder schwere der Gerichtsbarkeit der Bezirksämter überlassen und am häufigsten in Frage sind, geben in dieser Beziehung zu besondern Bemerkungen Anlaß:

Zu §. 385 Ziff. 6.

Das Gesetz stellt den Ackergeräthschaften auf dem Felde, sowie den Feld- und Gartenfrüchten in Bezug auf die erschwerende Eigenschaft auch andere Gegenstände im Freien gleich, welche im Vertrauen auf die öffentliche Sicherheit nicht besonders verwahrt zu werden pflegen. Die letztere Gesetzesbestimmung ist ihrem Wortlaute nach einer sehr weiten Ausdehnung fähig. Allein nach Maßgabe des obigen Gesichtspunktes und nach der Absicht des Gesetzes [24]), sowie auch nach geeigneter Vergleichung anderer deutscher Strafgesetzgebungen [25]) und des früheren badischen Rechtes [26]) in ihren verwandten Bestimmungen erscheint eine allzugroße Ausdehnung der fraglichen Gesetzesbestimmung, wodurch ein großer Theil

[23]) Hier wie bei Anführung des §. 465 ist, wie kaum erwähnt zu werden braucht, die neue Fassung nach dem Gesetz vom 5. Febr. 1851 gemeint.

[24]) Soweit sie erkennbar ist. Die Motive zum Entwurfe (Anmerkungen der Gesetzgebungscommission) enthalten gar nichts Näheres, die Kammerverhandlungen wenig von Bedeutung in Bezug auf die Erschwerungsgründe des §. 385.

Nach dem Entwurfe lautete unsere Bestimmung viel beschränkter, nämlich: „Gegenstände im Freien, welche ihrer Natur nach nicht verwahrt werden können." Die Commission der ersten Kammer (vergl. das Note 15 angeführte Beilageheft S. 263) fand aber diese Ausdrücke nicht umfassend genug, da es eine Reihe von Gegenständen gebe, die man im Vertrauen auf die öffentliche Sicherheit im Freien lasse, oder aus besonderen Verhältnissen lassen müsse, obwohl sie ihrer Natur nach in geschlossenen Räumen verwahrt werden können. Es beantragte daher die Commission die geänderte Fassung, die dann in das Gesetz überging. Hiernach war die Absicht bei dieser Aenderung zunächst die, daß man eine aus der Natur des Gegenstandes hervorgehende Unmöglichkeit der Verwahrung, ein Erforderniß, welches allerdings leicht zur Vereitelung des Gesetzes führen könnte, aus dem Gesetze entfernen wollte.

[25]) Alle Gesetzgebungen enthalten eine Reihe von Beispielen solcher besonders gefriedeten Sachen. Die Strafgesetze von Oesterreich, Preußen, Bayern beschränken sich aber auf die Bezeichnung der einzelnen (besonderen) Gegenstände, während die anderen Gesetzgebungen eine allgemeinere Bestimmung für andere Fälle ähnlicher Art, ähnlich wie das badische Gesetz, hinzufügen.

Einige drücken sich hiebei ähnlich aus, wie das Letztere, so das thüringische Strafgesetzbuch: „welche ohne besondere Verwahrung der öffentlichen Sicherheit anvertraut zu werden pflegen," das hannöverische: „welche öffentlich hingestellt oder hingelegt zu werden pflegen," das braunschweigische: „oder dergleichen der öffentlichen Sicherheit anvertraute Sachen."

Dagegen das sächsische und würtembergische mit strengerer Beschränkung: „welche ohne besondere Verwahrung der öffentlichen Sicherheit anvertraut werden müssen," deßgleichen das hessische: „welche nicht besonders verwahrt werden können."

Die in den verschiedenen Gesetzen besonders hervorgehobenen Gegenstände der fraglichen Art sind außer den Ackergeräthschaften und Baum-, Feld- und Gartenfrüchten (wozu überall auch das Vieh auf der Weide kommt) hauptsächlich folgende:

Gelagertes oder aufbereitetes Holz (Bayern, Würtemberg, Hannover, Thüringen, Preußen); Floßholz (ebendieselben und Altenburg, Hessen); Bleichstücke (Bayern, Sachsen, Würtemberg, Braunschweig, Hannover, Hessen, Thüringen, Preußen); Bienenstöcke (ebendieselben außer Würtemberg); Hof- und Gartenbefriedigungen (Sachsen, Hannover, Thüringen). Einige Gesetze nennen auch gewonnene Bergbauproducte, Fossilien u. s. w.

[26]) Vrgl. Strafedict vom Jahr 1803, §. 83—89. Hienach würde der Diebstahl an Ackerbaugeräthschaften, der Holzdiebstahl, Viehdiebstahl, Gesindediebstahl um ein Viertheil, der Diebstahl der Wächter, Boten u. dgl., sowie Kirchendiebstahl und Hofdiebstahl um die Hälfte härter bestraft, als ein anderer gemeiner Diebstahl unter gleichen Umständen.

der geringfügigeren Entwendungen der polizeilichen Abwandlung entzogen würde, gewiß nicht am Platze.

Die im Gesetze vorangestellten, besonders benannten Gegenstände dürfen immerhin als die Hauptbeispiele betrachtet werden, denen auch noch andere Gegenstände, bei welchem ähnliche Verhältnisse obwalen, gleichgestellt sein sollen. Es zeigt sich hiebei, daß das Gesetz mit dem Ausdrucke „im Freien“ zu allernächst mehr auf den Begriff des Freien im engeren Sinne (freies Feld und Gartenland) [27]) abzielte, weil hiebei eine fortgesetzte genauere Ueberwachung nicht wohl ausführbar ist und so Manches im Vertrauen auf die öffentliche Sicherheit ohne besondere Verwahrung liegen bleiben muß. Wenn daher nach Umständen auch andere Gegenstände, die nicht gerade im Felde und Garten sich befinden, unter die Vorschrift des Gesetzes gebracht werden mögen, so wird dieß im Sinne des Gesetzes, doch nur insoweit geschehen dürfen, als in Bezug auf das wesentlichste Erforderniß (daß nämlich die betreffenden Gegenstände im Vertrauen auf die öffentliche Sicherheit nicht besonders verwahrt zu werden pflegen) hiebei die gleichen oder ganz ähnliche Verhältnisse Statt finden, wie in den vom Gesetze besonders hervorgehobenen Hauptfällen. Es kann demnach z. B. nicht Alles, was da oder dort vor die Häuser gelegt oder gestellt oder an denselben ausgehängt wird, oder etwa in offenen Hofräumen liegen bleibt, als unter das Gesetz fallend betrachtet werden, vielmehr muß dabei auf Ortssitte und Bedürfniß, auf das Bedürfniß des Lebens und Verkehrs, des Handels und Wandels, die geeignete Rücksicht genommen werden. Der Leichtsinn des Einzelnen oder die Sorglosigkeit Mehrerer in Bezug auf Verwahrung darf demgemäß nicht als Vertrauen auf die öffentliche Sicherheit aufgefaßt, es muß vielmehr eine vernünftige, den Verhältnissen des Ortes (Stadt oder Land) entsprechende Ortsgewohnheit [28]) vorausgesetzt werden. Zur Verwerfung einer allzugroßen Ausdehnung unserer Gesetzesbestimmung muß auch die Betrachtung führen, daß es gewiß nicht vernunftgemäß und im Sinne des Gesetzes wäre, wenn z. B. ein Dieb, welcher im Vorübergehen, die Gelegenheit benützend, einen außen an einem Hause ausgehängten oder ausgelegten Gegenstand sich zueignete, härter behandelt würde, als ein anderer Dieb, der mit großer Frechheit am hellen Tage in das Haus selbst eindrang, um den erblickten Gegenstand, den er wegen des schützenden Fensters von außen nicht erreichen konnte, im Innern des Zimmers hinwegzunehmen.

Wegen des erschwerten Holzdiebstahls ist Forstgesetz §. 172 und Jahrg. XVIII., S. 187. 251 und Jahrg. XXII., S. 336 der Annalen zu vergleichen.

Was aber den erschwerten Diebstahl an Feld- und Gartenfrüchten im Freien betrifft, so bedarf es noch der Bemerkung, daß derselbe (abgesehen von dem besonderen Falle des §. 385 Ziff. 10) seiner Natur nach nur auf noch nicht heimgebrachte (d. h. noch nicht heimgeführte und in Haus, Scheuer u. s. w. geborgene) Früchte zu beziehen ist, und überdieß nach Maßgabe der näher zu vergleichenden §§. 397—399 nur auf solche Fruchtentwendungen, deren Werth 1 Gulden übersteigt, sofern nicht ein dritter Fall im Sinne des §. 398 vorliegt. Hierwegen, sowie insbesondere auch wegen der Entwendung von Eßwaaren zum unmittelbaren Genuß weiter unten (am Schlusse dieser Abhandlung) das Nähere.

Vrgl. auch Annalen, Jahrg. XVIII. S. 186. 187.

Zu §. 385 Ziff. 7.

Dieser Fall (der des Viehdiebstahls) steht in genauem Zusammenhange mit den Fällen der Ziff. 6, soweit es sich um Vieh auf der Weide oder im Pferche [29]) handelt; unser Gesetz rechnet aber auch das Vieh im Stalle [30]) hieher, wodurch ein anderer Gesichtspunkt die Rücksicht auf das Interesse des Feld-

[27]) Die in den verschiedenen deutschen Gesetzen besonders hervorgehobenen Fälle sind auch fast durchgängig von solcher Beschaffenheit. Vrgl. Note 25 oben. Mehrere Gesetze heben auch die Entwendung von Gepäck der Reisenden auf öffentlichen Straßen, an Poststücken u. drgl. oder an öffentlichen Brunnen, Brücken, Denkmälern u. drgl. besonders hervor. Vrgl. hiemit Zif. 4 des §. 385 des bad. St.G.B., und insbesondere §. 571 Zif. 3. 4, wonach dieser letztere Erschwerungsgrund bei dem Vergehen der Beschädigung fremder Sachen aus Boßheit, Rachsucht oder Eigennutz besondere Berücksichtigung gefunden hat. Fälle von Entwendungen an öffentlichen Brunnen, Brücken u. s. w. werden auch nach badischem Recht gemäß §. 385 Ziff. 6 als erschwerte Diebstähle zu behandeln sein. So auch Haager in Annalen Jahrg. XVIII. S. 188.

[28]) Natürlich ist hiebei nicht an eine Ortsgewohnheit im rechtlichen Sinne, an ein landrechtliches Herkommen, zu denken. Haager in seiner Ausführung in Annalen Jahrg. XVIII. S. 186 will schon die Gewohnheit eines Einzelnen, des Bestohlenen, als genügend gelten lassen. Diese Ansicht ist aber nach Maaßgabe des Obigen zu berichtigen.

[29]) Die anderen deutschen Gesetze beschränken diesen Erschwerungsgrund auf das Vieh auf der Weide oder im Trieb oder Pferch.

[30]) Entsprechend dem älteren badischen Recht, Strafedict §. 85.

baues und der Landwirthschaft, mehr hervortritt.

Daß nicht blos Zug- und Lastvieh, sondern jederlei Zucht- und Nutzvieh, also auch Geflügel und selbst das harmlose Geschlecht der Gänse, geeigneten Falles hieher gehört, wurde früher öfters und wird bisweilen noch bestritten [31]), kann jedoch nach Fassung und Absicht des Gesetzes keinem gegründeten Zweifel unterliegen.

Vergl. oberhofg. Jahrbücher (erste Folge) Jahrg. II. S. 301 und Jahrg. VII. S. 190.
Annalen Jahrg. XVIII. S. 188.

Auch Jagdvergehen (Wilderei, Wilddieberei, Jagdfrevel) in eingezäunten Parken oder Wildgärten sind als Diebstähle unter erschwerenden Umständen zu bestrafen, wie in §. 655 besonders bestimmt ist.

Fischdiebstähle dagegen, wofür unser Gesetz nur die Entwendung von Fischen aus Behältern oder Fischteichen erkennt, sind nicht in gleicher Weise für erschwerte Diebstähle erklärt. [32])

Zu §. 385 Ziff. 8 u. 9.

Die Voraussetzungen, unter welchen der nächtliche Diebstahl als ein erschwerter gilt, entsprechen den auch bei dem gefährlichen Diebstahl mit Einsteigen oder Einbruch in Frage kommenden Erfordernissen (ein fremdes bewohntes Gebäude oder ein dazu gehöriger geschlossener Hofraum, worein der Dieb sich einschlich, eindrang oder verbarg, um zur Nacht zu stehlen). Sie wurden in dieser Richtung schon so oft und genügend beleuchtet, daß jede weitere Erörterung hierüber füglich umgangen werden kann.

Vrgl. Annalen Jahrg. XVIII. S. 178.
„ „ XIX. S. 61.
„ „ XXI. S. 352, insbesondere Note 20 (wegen des Begriffes eines „umschlossenen Hofraumes“).
Annalen Jahrg. XXII. S. 221 (Schäferkarren oder Pferchhütten).

Zu §. 385 Ziff. 10.

Außer den besonders hervorgehobenen Feldhütern und Waldhütern nennt das Gesetz hier ohne weitere Unterscheidung auch andere Wächter, denen die betreffenden Sachen (im Ganzen oder im Einzelnen) zur Hut oder Bewachung anvertraut wurden. Daß hierüber jederlei Wächter, ohne Rücksicht auf obrigkeitliche Bestellung oder Verpflichtung [33]), sowie auf ständigen oder nur vorübergehenden Dienst, zu verstehen sind, mithin namentlich auch Mitglieder der jeweils dienstthuhenden Ortsbürgerwachmannschaft geeigneten Falls hieher gehören, ergibt sich aus der Fassung sowie aus der Absicht des Gesetzes und dürfte jetzt in der Hauptsache kaum mehr bestritten werden.

Vrgl. hierüber, so wie über den Begriff der Anvertrauung zur Hut und Bewachung, welche von der Anvertrauung in Hand und Verwahrung wohl zu unterscheiden ist, meine Ausführung in Annalen Jahrg. XIV. S. 89.

Ferner Annalen Jahrg. XVIII. S. 189.
„ „ XXI. S. 144 (Grundsätze, die bei dem Hofgericht des Mittelrheinkreises Billigung fanden).
Annalen Jahrg. XXII. S. 222.

Zu §. 385 Ziff. 12.

In Bezug auf den zum Begriff der Gewaltsamkeit (Gewalt im engeren Sinne) erforderlichen Grad der Kraftanwendung (der Gewalt im weiteren Sinne) hat das richterliche Ermessen, ähnlich wie bei dem gefährlichen Diebstahl mit Einbruch einen nicht zu verkennenden Spielraum. Wenn auch nicht jedes schon mit geringer Kraftanwendung zu bewerkstelligende Erbrechen von Behältnissen als ein gewaltsames im Sinne des Gesetzes angesehen werden kann (ohne alle Kraft- oder Gewaltsanwendung ist kein Erbrechen möglich), so ist es doch in der Natur der Verhältnisse begründet, daß hier füglich eine etwas minder strenge Auffassung des Begriffes der Gewaltsamkeit Platz greifen darf, als bei dem gefährlichen Diebstahl, bei welchem ohnehin bekannte Ursachen den gesetzlichen Gewaltsgrad hoch hinauf-

[31]) Wie z. B. vor Kurzem bei einer Entscheidung am Hofgericht des Mittelrheins; die Mehrheit folgte jedoch der obigen richtigen Ansicht.

[32]) Wie z. B. in den Strafgesetzen von Preußen, Bayern, Hannover.

[33]) In Bezug auf die Strafausmessung dagegen ist die obrigkeitliche Bestellung und Verpflichtung allerdings von Bedeutung und zwar von um so größerer, da der Bruch des allgemeinen Verspruches des (Handgelöbnisses) in der Regel nicht als besonderes Verbrechen bestraft wird. St.G.B. §. 504 und Thilo's Strafgesetzbuch mit Motiven zu §. 504, desgl. Annalen Jahrg. XIX. S. 307, XX. S. 368.

getrieben haben. Eine Kraftanwendung, die auch in diesem minder strengen Sinne nicht füglich ein gewaltsames Erbrechen darzustellen vermag, kann nur etwa als Straferhöhungsgrund nach §. 152 Ziff. 2, nicht als Erschwerungsgrund gelten, z. B. die Erbrechung einer Schachtel von Pappendeckel u. dgl. [34]).

Zu §. 385 Ziff. 13.

Das Gesetz will den Ausdruck „Diebsschlüssel" nicht in der engsten Bedeutung (blos als künstliche Diebswerzeuge zum Eröffnen von Schlössern), sondern in einem umfassenderen Sinne verstanden wissen, wie durch die (in Klammern) beigesetzten erläuternden Bezeichnungen entschieden angedeutet ist. Es fallen daher außer den eigentlichen Dietrichen nicht nur Sperrwerkzeuge, sondern auch Nach- und Hauptschlüssel aller Art unter die Vorschrift des Gesetzes. Sind aber auch andere Schlüssel, welche für das fragliche Schloß nicht bestimmt, aber zu dessen Eröffnung diebischer Weise mißbraucht worden sind, nach Umständen hierher zu rechnen? Wenn man den Ausdruck, Diebsschlüssel im weitesten Sinne und die erläuternden Beisätze nur als Beispiele nimmt, so läßt sich diese Frage wohl bejahen und hiefür dürfte auch der Grund des Gesetzes und die Vergleichung der verwandten Bestimmungen anderer deutschen Strafgesetze [35]) sprechen. Dagegen kann der Fall, wenn der Thäter sich den rechten Schlüssel heimlich oder mit List verschaffte [36]), nicht hierhergezogen werden.

Auch muß der Diebsschlüssel zur Eröffnung des Schlosses wirklich gebraucht, nicht blos mitgeführt worden sein.

Vrgl. Annalen Jahrg. XVIII. S. 190. 191.

v. Jagemann, Criminallexikon, S. 201.

Zu §. 385 Ziff. 15.

Die letzte Ziffer des § 385 betrifft den Marktdiebstahl. Ohne die Voraussetzung der Verübung der That auf einer Messe oder einem Markte (Jahr- oder Wochenmarkt) erscheint die Entwendung der öffentlich zum Verkaufe ausgesetzten Sachen nach badischem Recht [37]) nicht als ein erschwerter Diebstahl, sofern nicht eine der anderen Erschwerungen, etwa Ziff. 4. 6. 7 oder 10, dabei vorkommt. Wenn der Wortlaut des Gesetzes sonst auch wohl im entgegengesetzten Sinne aufgefaßt werden könnte, so ist doch durch die Auszeichnung der Worte „Messe," „Jahr- oder Wochenmarkt" mittelst Sperrschrift der Sinn des Gesetzes näher kenntlich gemacht und nichts berechtigt zu der Unterstellung, daß unser Gesetz eine solche Ausdehnung dieses Erschwerungsgrundes, ähnlich wie einige andere Gesetzgebungen, beabsichtigte. [38])

Wir kommen nun zu dem letzten Haupterforderniß der polizeilichen Aburtheilung eines Entwendungs-, Unterschlagungs- oder Betrugsfalles:

Zu IV.) Es darf nicht schon eine gerichtliche Bestrafung wegen Diebstahls, Unterschlagung oder Betrugs vorausgegangen sein.

Diese Bestimmung hat zu einem schlimmen Mißverständniß Anlaß gegeben, in Folge dessen wohl schon mancher Dieb zur Ungebühr als einfacher Polizeifrevler davon gekommen sein mag.

(Schluß folgt.)

[34]) Das würtembergische Strafgesetzbuch enthält in Art. 330 die billige Beschränkung: „Doch begründet die gewaltsame Eröffnung von Behältnissen nur dann eine Auszeichnung, wenn die Entwendung der verschlossenen Behältnisse selbst für den Dieb nicht thunlich, oder wenigstens mit Schwierigkeiten verknüpft gewesen wäre."

[35]) Das preußische Strafgesetzbuch drückt sich in §. 224 so aus: „nachgemachte, veränderte, oder solche Schlüssel, welche für das Schloß, bei welchem der Thäter sie anwendet, nicht bestimmt sind, so wie Dietriche, Hacken und andere zum Oeffnen von Schlössern brauchbare Werkzeuge." Aehnlich das hessische St.G.B. Art. 364, auch das würtembergische Art. 332.

Hiezu vergleiche man die folgende Note.

[36]) Anders das bayerische St.G.B. Art. VI. der Novelle von 1817, das würtembergische St.G.B. Art. 323, das hannöverische St.G.B. Art. 292 und das hessische Art. 364, wonach auch dieser Fall den Fall des Gebrauches von falschen Schlüsseln gleichgestellt ist. Dabei ist zu bemerken, daß die Gesetze Diebstähle der fraglichen Art meistens sogar als ausgezeichnete behandeln.

[37]) Nach dem bayerischen, würtembergischen, braunschweigischen, hannöverischen und hessischen Strafgesetz ist die Entwendung im Gedränge einer (öffentlich) versammelten Menge dem Marktdiebstahl gleichgestellt. Das braunschweigische setzt auch die Entwendung „aus offenen Kaufmannsläden" hinzu.

[38]) Vrgl. die vorige Note. Das ältere badische Strafrecht (Strafedikt vom Jahr 1803) hob den Marktdiebstahl gar nicht besonders hervor, und erkannte auch die Bestimmung der peinlichen Gerichtsordnung Art. 158 wegen härterer Bestrafung des öffentlichen (offenen) Diebstahls für nicht mehr anwendbar.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. **Jahrgang XXIII.** **No. 24.**

I.

Erörterungen aus dem Gebiete der Strafgesetzgebung.

Die Voraussetzungen der polizeilichen Aburtheilung geringer Entwendungen, Unterschlagungen und Betrügereien. St.G.B. §. 477. Erschwerungsgründe beim Diebstahl. §. 385. Entwendung und Unterschlagung von Eßwaaren u. s. w. §. 397. 406.

(Schluß.)

Man hat nämlich, entsprechend der oben unter 3. II. besprochenen verwandten Bestimmung vorausgesetzt, es müsse, zur Begründung der gerichtlichen Zuständigkeit, der Dieb schon wegen Diebstahls, der Unterschlagende wegen Unterschlagung, der Betrüger wegen Betrugs, also gerade wegen des nämlichen, nicht blos wegen eines jener gleichartigen Vergehen gerichtlich bestraft worden sein. Zur Rechtfertigung dieser Ansicht hat man sich namentlich darauf berufen, daß der §. 183 in Ziff. 1 außer jenen 3 Vergehen auch noch andere als unter sich gleichartige aufführe, und daß derselbe schon deßhalb und überhaupt hier keine Anwendung finden könne, vielmehr das gleiche Vergehen vorausgegangen sein müsse, daß aber auch die Fassung der fraglichen Gesetzesbestimmung („oder Betrug," nicht „und Betrug") dieses bestätige. —

Vrgl. Annalen Jahrg. XVIII. S. 122 und 251.

Erst vor Kurzem wurde diese Ansicht noch einer hofgerichtlichen Entscheidung zu Grund gelegt. Sie ist jedoch als offenbar unrichtig zu verwerfen.

Aus der Fassung der fraglichen Bestimmung läßt sich jene Ansicht in keiner Weise rechtfertigen. Die Fassung hätte etwa noch deutlicher ausgeprägt werden können, um Zweifel, wie den obigen, ganz abzuschneiden, aber sicher nicht durch Vertäuschung des „oder" mit „und" wodurch ein weit größeres Mißverständniß veranlaßt worden wäre, nämlich die Unterstellung, daß eine Bestrafung aller drei Vergehen vorausgegangen sein müsse. Der Grund, weßhalb nicht alle gleichartigen Vergehen des §. 183 Ziff 1 hier in Berücksichtigung kamen, liegt nicht ferne. —

Die weiter in §. 183 Ziff. 1 genannten Vergehen sind: Fälschung aus Gewinnsucht, Wucher, Raub und Erpressung. Insofern mit der Fälschung aus Gewinnsucht ein hiedurch vollführter oder versuchter Betrug verbunden ist (§. 423. 430 ff.) und insofern in jedem Raub zugleich ein Diebstahl steckt (§. 410), beseitigt sich der erhobene Anstand ohne Mühe. Bei vernunftmäßiger Auffassung der Gesetze (die überall nicht blos erlaubt, sondern geboten ist) kann es unseres Erachtens nicht bezweifelt werden, daß auch die gerichtliche Bestrafung wegen dieser schwereren Vergehen bei Anwendung des §. 477 in Anschlag kommen muß; es bleiben daher nur noch Wucher und Erpressung übrig, zwei Vergehen, die unverkennbar mit den anderen, in Ziff. 1 genannten Vergehen, beziehungsweise mit Diebstahl, Unterschlagung und Betrug, in weniger naher und natürlicher Verwandtschaft stehen und in dieser Rücksicht wohl vom Gesetzgeber hier übergangen worden sein konnten. [**]) Wollte man hierin eine erhebliche Abweichung von den Hauptgrundsätzen über die Gleichartig-

---

[**]) Das hannöverische St.G.B. enthält in ähnlicher Weise bezüglich der Bestrafung von Entwendungen unter 1 Thaler in Art. 284 die Bestimmung: „Nach einer bereits eingetretenen, wenn gleich nur polizeilichen Bestrafung wegen Diebstahls, Betrugs oder einer Unterschlagung mit wenigstens 8tägigem Gefängnisse, ist auch ein Diebstahl unter 1 Thaler der obigen Strafbestimmung unterworfen."

keit der Vergehen hinsichtlich des Rückfalles erblicken [40]), so müßte man doch bald inne werden, daß eine viel auffälligere, weit schwerer zu rechtfertigende Abweichung darin läge, wenn man die Bestimmung unseres §. 477 in solchem Sinne auffassen würde, daß ein schon gerichtlich bestrafter Dieb im Falle der Unterschlagung oder des Betruges nur polizeilich, dagegen ein wegen Unterschlagung oder Betrugs schon gerichtlich bestrafter Angeschuldigter im Falle der Unterschlagung, beziehungsweise des Betrugs, gerichtlich bestraft würde. Der Grund, weßhalb nach der Absicht des Gesetzes eine schon vorausgegangene gerichtliche Bestrafung die spätere That der blos polizeilichen Aburtheilung entziehen soll, paßt so gut auf Fälle der einen, wie auf Fälle der anderen Art.

Aller Zweifel über den richtigen Sinn der mehrerwähnten Bestimmung muß aber schwinden, wenn man den Commissionsbericht der ersten Kammer (von Vogel) zu Titel XXXIV. vergleicht. Dort wurde unser jetziger §. 477 als §. 433a im Wesentlichen so, wie er später angenommen wurde und jetzt lautet, in Vorschlag gebracht und mit folgender Bemerkung begründet:

„Sowie die Feldfrevel erst das dritte Mal gerichtlich bestraft werden, so soll es nach unserer Ansicht auch bei den Entwendungen in dem, einen Gulden nicht übersteigenden Betrage geschehen. Wenn aber eine gerichtliche Bestrafung wegen Diebstahls oder Betrügerei oder Unterschlagung gegen den nämlichen Thäter schon stattgefunden hat, so soll eine nachher von ihm verübte Entwendung, wenn der Betrag auch nicht einen Gulden übersteigt, als Diebstahl bestraft werden."

Hieran reiht sich die weitere Bemerkung: „Was wir in Bezug auf den Diebstahl vorgeschlagen haben, bringen wir auch rücksichtlich der kleinen Betrügereien und Unterschlagungen in Antrag, ohne daß wir für diese eine besondere Erörterung für nöthig erachten, da die Gründe die nämlichen sind." Hiedurch ist der fragliche Streit klar entschieden und gründlich abgeschnitten [41]).

Was das Erforderniß einer vorausgegangenen gerichtlichen Bestrafung betrifft, so darf man nach der Absicht des Gesetzes ungeachtet der minder genauen und deutlichen Fassung [42]), keineswegs verlangen, daß die Bestrafung schon wirklich vollzogen wurde; sondern nur, daß die Bestrafung durch Urtheil ausgesprochen und ordnungsmäßig verkündet wurde, sodann aber auch die Rechtskraft erlangte. Die allgemeine Vorschrift des §. 184 ist auch hier als maßgebend zu betrachten. Es ist daher auch ein gerichtliches Straferkenntniß wegen Versuchs [43]) eines der 3 mehrerwähnten Vergehen, desgleichen wegen Beihilfe zu einem solchen Vergehen in Anschlag zu bringen, wogegen eine Bestrafung wegen Begünstigung eines jener Vergehen nicht in Anrechnung kommen kann. §. 184 verglichen mit §. 142.

Folgerichtiger Weise und im Sinne unserer Gesetzgebung wird auch hier eine nach Maßgabe der gewöhnlichen Vorschriften (§. 200. 201) in Bezug auf Rückfälligkeit verjährte Bestrafung nicht mehr in Anschlag gebracht werden dürfen. Was in dieser Hinsicht oben unter II. ausgeführt wurde, muß auch hier, und hier noch viel mehr, Geltung finden. Allerdings könnte man einwenden, daß es sich hier zunächst nicht um die Frage des Rückfalls und seiner Folgen, sondern um die in anderer Richtung in Betracht kommende Thatsache der vorausgegangenen gerichtlichen Bestrafung handle, und daß ja auch die verjährte Bestrafung nicht alle und jede Wirkung verliere, sondern nach §. 151 Ziff. 4 immer noch als Straferhöhungsgrund berücksichtigt werde [44]). Bei näherer Erwägung der Verhältnisse, in richtiger Würdigung des von unserer Gesetzgebung angenommenen Systems in Betreff der Wiederholung, sowie der Verjährung der Verbrechen, sowie auch im Hinblick auf die landständischen Verhandlungen über §. 200—204 des

---

[40]) Man vergleiche die in §. 478. 479 in Bezug auf das Zusammentreffen von Diebstählen, Unterschlagungen, Betrügereien und Fälschungen von Privaturkunden aus Gewinnsucht unter sich gegebenen Bestimmungen. (Bei der Fortsetzung mußte natürlich das nämliche Vergehen, nicht blos ein gleichartiges, vorausgesetzt werden.)

[41]) Die richtige Auffassung findet sich in der in Annalen Jahrg. XVIII. S. 175. 176 unter C. gegebenen Zusammenstellung Ziff. 6—8.

[42]) Man vergleiche die ähnliche Fassung in den entsprechenden Bestimmungen der §§. 398. 644. 651. 653, auch 255. 639, und dagegen die §§. 384. 644 Schlußsatz und 651 am Ende. Die Verschiedenheit erklärt sich wohl dadurch, daß die ersteren Bestimmungen großentheils auf Zusatzvorschlägen beruhen und durch eine mehr ausgeprägte Fassung größere Weiterungen entstanden sein würden.

[43]) Vorausgesetzt immer, daß die gesetzlichen Erfordernisse zur gerichtlichen Bestrafung vorhanden waren, z. B. weil ein Erschwerungsgrund vorlag oder die unternommene That nachweislich mehr als einen Gulden Werth betraf. Vergl. aber die Vorschrift des §. 113, wonach im Zweifel die niedrigste Classe angenommen wird.

[44]) Vergl. auch St.G.B. §. 195, hiezu aber die folgende Note.

St.G.B. (§. 180 des Entwurfes) [45]) dürfte jedoch die obige Ansicht den Vorzug verdienen [46]).

Ebenso wird auch hier das Recht der wiederholten Prüfung der Rechtmäßigkeit des früheren Straferkenntnisses im Falle eines erheblichen Anstandes nach der Regel des §. 186 dem über den jüngsten Fall erkennenden Richter nicht zu versagen sein. Das oben zu II. bemerkte gilt auch hier. [47])

Mehr Schwierigkeit möchte die ferner aufzuwerfende Frage darbieten: ob und inwiefern auch eine vorausgegangene gerichtliche Bestrafung wegen Fälschung von Urkunden in Anschlag zu bringen ist? Das Gesetz hebt dieses Vergehen allerdings nicht ausdrücklich hervor; wir verweisen indessen auf die oben zu III. (im Anfang) gegebenen Erörterungen. Insofern die Urkundenfälschung zugleich mit einem verübten oder auch nur versuchten [48]) Betrug im Sinne des Gesetzes verbunden war, kann man die aufgeworfene Frage nicht verneinen, ohne mit der Absicht und dem Grund und Zweck des Gesetzes in offenbaren Widerspruch zu gerathen.

Bei diesem Anlaß darf wohl auch darauf hingewiesen werden, wie es im Hinblick auf den fraglichen Gesichtspunkt rathsam, wenn nicht nothwendig, erscheinen möchte, daß in dem Urtheile wegen Urkundenfälschung geeigneten Falles, des damit versuchten oder vollführten Betruges immer besonders Erwähnung geschehe, was bisher nicht überall beobachtet zu werden pflegte.

Zum Schlusse muß hier noch daran erinnert werden, daß es einige Fälle gibt, in denen Vergehen der fraglichen Art ohne Rücksicht auf die allgemeinen Voraussetzungen des bisher besprochenen §. 477 von den Polizeibehörden zu erledigen sind, nämlich:

1) Erster und zweiter Feldfrevel, dessen Werthbetrag 1 fl. nicht übersteigt, unter besonderen Voraussetzungen [49]) §. 397—399.

2) Erster und zweiter Jagdfrevel [50]). §. 644. 651.

---

[45]) Nach §. 200 des St.G.B. (§. 180 des Entwurfes) in seiner ursprünglichen Fassung sollte geradezu ausgesprochen werden, daß nach Ablauf der Verjährungszeit „bei der Bestrafung eines neuen von dem Verurtheilten begangenen gleichen oder gleichartigen Verbrechens das frühere in keiner Beziehung mehr in Betracht" kommen solle.

Diese unbeschränkt lautende Fassung fand in der ersten Kammer Anstand. Insbesondere beantragte Generalauditor Vogel, daß man doch wenigstens das frühere Verbrechen als einen Straferhöhungsgrund gelten lassen solle, was von Seiten der Regierungskommissäre als inconsequent und unbillig bestritten wurde. Von Seiten des Frhr. von Berlheim und von Marschall wurde jedoch das Bedenken und der Antrag des Generalauditors Vogel, soweit es sich um Berücksichtigung des frühern Verbrechens als Straferhöhungsgrund handelt, als begründet befürwortet. In dieser Richtung, in der Meinung, daß hiedurch das erhobene Bedenken verschwinden werde, schlug dann Frhr. v. Marschall die Fassung vor: „das spätere Verbrechen soll nach Umfluß — — — nicht als Rückfall" bestraft werden. Nach diesem Vorschlag wurde hierauf auch eine entsprechende Fassung gewählt.

Vrgl. Verhandlungen der Ständeversammlung 1841—1842, erste Kammer, Protokollheft S. 235—239; sowie auch Thilo's Strafgesetzbuch mit Motiven zu §. 202 (ungenügend).

Hiernach lag es wohl nicht in der Absicht der Gesetzgebung, den Grundsatz, daß das verjährte Verbrechen rechtlich nicht mehr in Betracht kommt, weiter als in obiger Richtung anzutasten und aufzugeben. Es ist auch dieser Grundsatz im Allgemeinen aus Begriff und Wesen der in das Gebiet des Strafrechtes aufgenommenen Verjährung selbst abzuleiten.

[46]) Abweichende Ansicht in Annalen Jahrg. XXII. S. 254.

[47]) Wenn z. B. die erste Entwendung, welche nicht erschwert war, nur einen Gulden (aber nicht mehr) betraf und aus Versehen als gerichtlich strafbar behandelt wurde, desgl. wenn zwei frühere polizeilich abgeurtheilte Entwendungen, welche die spätere gerichtliche Bestrafung bedingten, eine andere Person gleichen oder ähnlichen Namens betrafen und nur aus Versehen in Berechnung kamen. Daß solche Mängel bei der jüngsten Aburtheilung nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, kann keinem Zweifel unterliegen!

[48]) Vrgl. oben Note 43 und den Text hierzu.

[49]) Nur wenn die erste und zweite Bestrafung innerhalb der letzten 12 Monate Statt fand, wird die weitere Entwendung als dritter Feldfrevel gerichtlich bestraft. §. 398. Mehrere zusammentreffende Feldfrevel werden nur dann zusammen gerechnet, wenn die Zwischenräume nicht über 4 Wochen betragen. (Vergl. hiemit Forstgesetz §. 168. 169 folg.

Von Feldhütern begangene Feldentwendungen werden stets als Diebstähle gerichtlich behandelt. In Bezug auf Jagd- und Wildhüter (zu Ziff. 2) ist ein gleichartiger Vorbehalt wegen des Jagdfrevels nicht gemacht. Wegen des erschwerten Diebstahls an Feld- und Gartenfrüchten ist das oben zu II. §. 385 Ziff. 6 bemerkte zu vergleichen.

[50]) Die Wilddieberei wird gerichtlich bestraft (der erste und zweite Fall der Wildeinfangung oder Wilderlegung ohne Schußwaffen gilt gesetzlich nur als Jagdfrevel). Hienach ist die Zusammenstellung in Annalen Jahrg. XVIII. S. 175. 176. C. Ziff. 11 zu berichtigen.

Hinsichtlich der Forstfrevel sind die besonderen Bestimmungen des Forstgesetzes maaßgebend. Die Entwendung von Waldproducten wird, abgesehen vom besonderen Fall des §. 172 des Forstgesetzes, stets nur unter dem mildern Gesichtspunkt des Forstfrevels betrachtet, gleichwohl aber dann von den ordentlichen

3) Erster und zweiter Fischereifrevel §. 653.

Hiezu kommen:

4) Entwendungen, Unterschlagungen, Betrügereien aller Art, wenn sie von Kindern (und zwar allein von solchen) unter den Voraussetzungen der §§. 78. 79 verübt worden sind, und die jugendlichen Verbrecher der Polizeibehörde überwiesen werden.

5) Entwendung von Eßwaaren oder Getränken in geringem Betrage und zum unmittelbaren Genuß, sofern sie nicht nach §. 381 als gefährliche oder nach §. 385 (jedoch abgesehen von Ziff. 6) als unter erschwerenden Umständen verübte Diebstähle erscheinen. §. 397. Deßgleichen auch Unterschlagung [51]) solcher Waaren unter gleichen Voraussetzungen, sofern sie nicht unter erschwerenden Umständen begangen worden ist (nicht aber auch Betrug), §. 406 verglichen mit §. 477 und 457.

In Bezug auf diese Art der Entwendung mögen einige Bemerkungen hier noch Raum finden:

Unserem älteren Strafrecht war die Ausschließung derartiger Entwendungen aus der Reihe der Diebstähle nicht bekannt, obwohl die Gerichtsübung mitunter darauf hinstrebte.

Vergl. Annalen Jahrg. IX. S. 11.

Fast alle neueren deutschen Gesetzgebungen behandeln dagegen (mit gutem Grunde) solche Entwendungen gelinder als gewöhnliche Diebstähle, indem sie dieselben theils vor die Polizeibehörden weisen, theils nur auf Anzeige des Beschädigten gerichtlich verfolgen, theils mit geringerer Strafe bedrohen. [52])

Nach dem Grund des Gesetzes kommt bei den fraglichen Vergehungen hauptsächlich der Gesichtspunkt der Befriedigung einer augenblicklichen Lüsternheit in Betracht, obwohl unser Gesetz denselben nicht ausdrücklich hervorhebt. [53]) Es ergibt sich dies aus der Sache selbst und ist auch im Commissionsbericht der zweiten Kammer (von Bohm) bestimmt ausgesprochen.

Vergl. Thilo, Strafgesetzbuch mit Motiven zu §. 397.

Die Bestimmung „zum unmittelbaren Genuß“ darf aber nicht so beschränkt aufgefaßt werden, daß der Thäter das Entwendete alsbald am Ort der That oder in dessen nächster Nähe zu verzehren beabsichtigt haben müßte, auch muß die Verzehrung nicht gerade wirklich ausgeführt worden sein [54]), wenn nur die Absicht auf unmittelbaren Genuß, nicht etwa auf Veräußerung, Aufbewahrung zu künftigem Gebrauch, Sammlung von Vorräthen und dergl. gerichtet war. Daß hiebei auf den Betrag vorzügliches Gewicht zu legen sei, ist im Gesetze besonders bemerklich gemacht, auch wird die Natur der Waare, die zur Genießbarkeit erforderliche künstliche Zubereitung, nach Umständen von entscheidender Bedeutung sein; es ist jedoch hier vor Allem ein vernünftiges richterliches Ermessen, welches in richtiger Würdigung aller Verhältnisse, nach Gestalt der Personen und Sachen, mit billigem Ab- und Zugeben im einzelnen Falle den Ausschlag zu geben haben wird. Die Feststellung einer für alle Fälle ohne Unterschied maaßgebenden starren Regel in dieser oder jener Richtung, z. B. die Zugrundlegung des Umfangs einer gewöhnlichen Mahlzeit für einen Kopf oder gar eine Familie, die unbedingte Ausschließung aller Eßwaaren, die erst noch irgend einer Zubereitung bedürfen [55]), wäre gewiß hier am unrechten Platze.

Vergl. Annalen Jahrg. XVIII. S. 249. 250.

Eine frühere gerichtliche Bestrafung selbst wegen eines bedeutenden Diebstahls u. s. w. steht der Anwendung des §. 397 nicht im Wege, obwohl erstere bei Würdigung

---

Gerichten abgeurtheilt, wenn eine höhere Strafe als 4 Wochen Gefängniß auszusprechen ist. Wo Letzteres nicht der Fall ist, geht der Rekurs an die Kreisregierungen. §. 137 folg. §. 200 und Zusatz.

[51]) Hienach ist die in der vorigen Note erwähnte Zusammenstellung, Ziff. 4, zu ergänzen.

[52]) Die meisten Strafgesetze bedienen sich dabei des Ausdrucks „zu unmittelbarem Genuß.“ (Das St.G.B. von Hannover: „zu augenblicklicher Verzehrung.“) Das thüringische verlangt, daß der Diebstahl mit dem unmittelbaren Genuß verbunden war (anderst jedoch das Gesetz von Anhalt-Dessau).

Einige Gesetze heben zugleich den Gesichtspunkt der Befriedigung der Lüsternheit ausdrücklich hervor. Das bayrische Gesetz beschränkt die bezüglichen Ausnahmsbestimmungen (ohne genügenden Grund) auf Hausgesinde und Verwandte.

[53]) Vergl. die vorige Note.

[54]) Anders die Fassung des thüringischen St.G.B. s. Note 52 oben.

[55]) Von Jagemann im Criminallexikon S. 268 will von diesem Gesichtspunkte aus Getraide, Früchte, Kartoffeln, Eier u. s. w. gar nicht als „Eßwaaren“ gelten lassen, was eben so wenig der Absicht des Gesetzes als dem gemeinen Menschenverstand entsprechen dürfte.

der Verhältnisse öfters nicht ohne Bedeutung erscheinen wird. Aehnlich verhält es sich mit dem Umstande, daß etwa der Thäter schon wiederholt derartige Entwendungen von Eßwaaren oder Getränken sich zu Schulden kommen ließ. Es kann daher auch nichts ändern, wenn etwa mehrere noch unbestrafte Entwendungen solcher Art in größerem Gesammtbetrage zusammentreffen, es sei denn, insofern aus dem Zusammentreffen selbst sich entnehmen ließe, daß die Entwendungen nicht zum Zweck des unmittelbaren Genusses verübt wurden.

Vergl. Annalen Jahrg. XXII. S. 56.

Eine Zusammenrechnung der einzelnen geringen Beträge ist in dieser Richtung weder im Gesetz vorgezeichnet [36]), noch durch die Natur der Sache gestattet, da jede einzelne Näscherei für sich ihren Character kund gibt und bewahrt. Inwiefern im Falle einer längern Zeit hindurch, je in geringem Maaße fortgesetzten Entwendung in Ausführung des nämlichen, auf dasselbe Verbrechen gerichteten Entschlusses nach Maaßgabe des §. 180 die Vergünstigung des §. 397 noch Anwendung finden kann, wird als eine thatsächliche Frage je nach Beschaffenheit des besonderen Falles zu entscheiden sein.

6) Endlich mag die nicht unmittelbar hieher gehörige, aber doch verwandte Bestimmung des §. 557 hier noch erwähnt werden, wonach Beschädigung fremder Sachen aus Muthwillen, wenn der Schaden den Betrag von 10 fl. nicht übersteigt, im ersten und zweiten Falle gleicherweise nur polizeilich bestraft wird.

Eduard Brauer.

II.

Concurrenz eines vollendeten und eines versuchten Diebstahls. Freiwilliges Aufgeben.

Johann Wolber, welcher in der Nacht vom 8. auf den 9. September v. Jahrs in dem Lindenwirthshause zu N. übernächtete, wurde am 9. in der Früh von der Magd des Lindenwirths in ihrer Schlafkammer hinter und unter der Bettstätte versteckt betreten. Da es zu einer Zeit stattfand, wo die Mägde die Kammer bereits verlassen hatten, so konnte nicht sowohl die Absicht eines versuchten unzüchtigen Zuwandels, sondern es mußte eine diebische Absicht unterstellt werden. Es zeigte sich auch, daß um dieselbe Zeit, wo der Angeschuldigte unter obigen Umständen in der Kammer der Mägde betreten wurde, der Magd Maria Storz aus ihrer Rocktasche ein Sackmesser herausgenommen worden ist, welches nach ihrer ganz bestimmten Angabe noch Abends zuvor in ihrer Rocktasche sich befunden hatte und erst später wieder außer der Kammer auf einem Tische liegend gefunden wurde. Zu gleicher Zeit machte die Magd Anna Rau die Wahrnehmung, daß in ihre Rocktasche hineingegriffen und solche durchsucht worden war. Johann Wolber wurde daher vom Hofgericht des Seekreises wegen eines an Anna Rau versuchten und wegen eines an Maria Storz vollendeten Diebstahls bestraft.

Vom großh. Oberhofgericht wurde am 4. Februar l. J. dieses Urtheil dahin modificirt, daß Wolber nur des an Maria Storz vollendeten Diebstahls für schuldig zu erklären und zu bestrafen sei.

Entscheidungsgründe.

Rekurrent findet sich durch das Straferkenntniß vom 1. Dezember v. J., das ihn eines Diebstahlsversuches und eines vollendeten Diebstahles schuldig erkennt und ihn dafür mit einer zweimonatlichen Arbeitshausstrafe belegt, beschwert, weil ihm weder die eine, noch die andere jener verbrecherischen Handlungen zur Last falle.

Unbegründet erscheint nun aber die Beschwerde des Rekurrenten, soweit er des vollendeten Diebstahles zum Nachtheile der Maria Storz zu Marbach schuldig erkannt worden ist, da sich seine Schuld in dieser Beziehung unzweifelhaft aus den schon in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen hervorgehobenen Momenten ergibt, worauf sich hiermit bezogen wird.

Der dem Rekurrenten weiter zur Last gelegte Diebstahlsversuch beruht auf der von der Anna Raub — Nebenmagd der Maria Storz — gemachten Wahrnehmung, daß ein in derselben Kammer, in welcher der Diebstahl verübt worden, an einem Seile aufgehängtes Kleidungsstück auf der Seite, an welcher sich darin eine Tasche befand, weiter heruntergezogen war, als dies früher der Fall gewesen — und weitere Kleidungsstücke — Laden und Goller — sich nicht mehr — wie vorher — in der Tiefe jener Tasche befanden, sondern etwas herausgezogen waren.

[36]) Vrgl. §. 477. 478. 479 und insbesondere den unmittelbar auf §. 397 bezüglichen §. 399.

Allein — auch angenommen, — daß dieß wirklich in einer Handlung des Rekurrenten seinen Grund hatte, — so fand solche zur gleichen Zeit und am gleichen Orte statt, wo Rekurrent sich das Messer der Maria Storz zueignete, und war Folge desselben — auf Verübung eines Diebstahles gerichteten — Entschlusses; sie bildete sonach keine in allen diesen Beziehungen von der andern Handlung getrennte Handlung, sondern einen Theil derselben Ausführungshandlung; sowenig hiernach die wirkliche Zueignung der Gegenstände der Anna Rau dem Rekurrenten als selbstständiger — von der anderen Entwendung getrennter — Diebstahl, sondern nur mit dieser als eine — in ihrem Umfange jedoch größere — Handlung hätte zur Last gelegt werden können, sowenig kann die nicht vollendete Zueignung als gesonderte verbrecherische Handlung geahndet werden; es ist vielmehr nur eine Diebshandlung vorhanden, die nach dem eingetretenen Erfolge zu beurtheilen und somit als bezüglich des angeeigneten Messers vollendet zu betrachten ist.

Die Annahme einer getrennten strafbaren Versuchshandlung wäre um so beschwerender, als selbst nach Zeit und Ort von einander getrennte Handlungen, die als Uebertretungen des nemlichen Strafgesetzes, aber zusammen als Ausführung desselben verbrecherischen Entschlusses erscheinen, in Bezug auf Bestrafung gemäß §. 180 des St.G.B. nur als eine und dieselbe That in Betracht kommen und dasselbe in den im §. 478 St.G.B. vorgesehenen Fällen selbst dann stattfindet, wenn die mehrfachen Handlungen nicht einmal blos zur Ausführung des nemlichen verbrecherischen Entschlusses dienten.

Wollte man aber auch eine für sich bestehende Versuchshandlung annehmen, so könnte sie hier nicht als eine strafbare Handlung in Betracht kommen, da keinerlei Thatsachen dafür sprechen, daß die Vollendung der fraglichen Zueignung nur durch das Dazwischenkommen der Maria Storz verhindert worden, und daß Rekurrent nicht etwa schon vor Aneignung des Messers die Kleidung der Anna Rau untersucht habe und vor Aneignung der zur Hand bekommenen Gegenstände — etwa deren Beschaffenheit wegen — freiwillig abgestanden sein sollte — §. 117 des St.G. sonach zur Anwendung zu kommen hätte.

Nach allem Diesem ist die Verurtheilung wegen Diebstahlsversuches nicht gerechtfertigt und es mußte deßhalb auch die — darauf mitberechnete — Strafe verhältnißmäßig herabgesetzt werden.

Bemerkung des Einsenders.

Die Richtigkeit dieser Entscheidung dürfte sich bezweifeln lassen. Gesetzt den Fall, daß der Angeschuldigte auch aus der Rocktasche der Anna Rau irgend einen Gegenstand entwendet hätte, so würde derselbe doch gewiß nicht nur des an Maria Storz, sondern auch des an Anna Rau verübten vollendeten Diebstahls für schuldig erklärt worden sein *). Es läßt sich daher nicht einsehen, warum derselbe nur wegen des an Maria Storz vollendeten und nicht auch zugleich des an Anna Rau versuchten Diebstahls sollte für schuldig erklärt werden können, wenn man nämlich in dem Durchsuchen des Rockes überhaupt eine Versuchshandlung erblickt. Denn es ist in der Wissenschaft und Praxis schon längst anerkannt, daß bei einer diebischen Handlung in Bezug auf einen Theil der Sachen vollendeter, in Bezug auf andere Sachen versuchter Diebstahl vorhanden sein kann. Mittermaier zu Feuerbach §. 317 Note II. (?) Hufnagel, Commentar des würtembergischen Strafgesetzes II. S. 306 ff. Häberlin Grundsätze des Criminalrechts IV. S. 14 ff.

Ob die Ausführungshandlung und Versuchshandlung von einander getrennte Handlungen oder nur die Folge desselben auf Verübung eines Diebstahls gerichteten Entschlusses sind, ist in Beziehung auf die Charakterisirung des Verbrechens ganz einerlei, sondern es hat dies nach §. 180 und 478 St.G.B. nur

*) Sicher nicht, da die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe ausdrücklich sagen: „so wenig hiernach die wirkliche Zueignung der Gegenstände der Anna Rau dem Recurrenten als selbstständiger — von der andern Entwendung getrennter — Diebstahl, sondern nur mit dieser als eine — in ihrem Umfange jedoch größere — Handlung hätte zur Last gelegt werden können, so wenig kann ꝛc.

Das Untersuchen des Rockes der A. Rau ist weiter nichts denn ein Bestandtheil jener Handlung, welche als vollendeter Diebstahl zum Nachtheil der Maria Storz angesehen wurde.

Man denke sich beispielsweise, es wäre eine mit 3 Schubladen versehene Commode, worin sich viele Duzende von Taschentüchern, Hemden und Strümpfen verschiedener Eigenthümer befanden, gänzlich durchwühlt, jedoch nur ein Stück davon entwendet worden; welcher Jurist oder Laie würde hier neben dem vollendeten Diebstahl in Ansehung der beim Durchwühlen blos berührten Gegenstände auch noch einen aparten Versuch wittern! Sollte man nicht gerade aus dem Umstande, daß es beim Durchwühlen geblieben ist, den Schluß zu ziehen berechtigt sein, der Thäter habe nicht die Absicht gehabt, die zurückgelassenen Gegenstände zu entwenden?

Zwischen diesem Beispiele und dem abgeurtheilten Falle dürfte sich aber kein irgend erheblicher Unterschied finden lassen.

D. R.

auf die Bestrafung Einfluß. So wird ja auch bei der idealen Concurrenz der Thäter beider Verbrechen für schuldig erklärt, obwohl derselbe in Wahrheit nur ein Verbrechen verüben wollte. Und eine solche Schuldigerklärung muß erfolgen, nicht blos in dem Falle, wo verschiedene Strafgesetze durch die eine That übertreten wurden, sondern auch in dem Falle, wo, wie hier, zwar das nämliche Strafgesetz, aber in Beziehung auf verschiedene verletzte Subjekte übertreten wurde, d. h. wo zwar nicht verschiedene Gesetzesübertretungen, wohl aber verschiedene Läsionen in einer That concurriren. Was den §. 117 St.G.B. betrifft, so kann derselbe offenbar nur dann Anwendung finden, wenn Umstände vorhanden sind, welche dafür sprechen, daß der Angeschuldigte ganz freiwillig seinen rechtswidrigen Entschluß zurücknimmt und wieder aufgibt, was hier aber nicht der Fall ist, sondern es muß eher angenommen werden, daß der Angeschuldigte durch andere dazwischen getretene Umstände, wie durch das Dazwischenkommen der Maria Storz an der Ausführung des Diebstahls verhindert wurde.

Haager.

III.

Genügt das in einer Privaturkunde, z. B. in einem Briefe enthaltene Anerkenntniß der Vaterschaft zur Begründung einer Vaterschaftsklage?

Nach L.R.S. 340a ist eine Vaterschaftsklage ausnahmsweise dann zuläßig, wenn der angebliche Vater des Beischlafs mit der Mutter des Kindes zur Zeit der gesetzlich unterstellbaren Empfängniß freiwillig geständig oder zufällig überwiesen ist, und daraus könnte man folgern, daß dieser Ausnahmsfall auch dann vorhanden, und daß die Vaterschaftsklage auch dann zuläßig sei, wenn Jemand in einer Privaturkunde, z. B. in einem Briefe anerkennt, der Vater eines Kindes zu sein, indem ein solches Anerkenntniß auch das Geständniß enthält, zur Zeit der unterstellbaren Empfängniß mit der Mutter des Kindes den Beischlaf vollzogen zu haben. So wenig der Satz bestritten werden kann, daß das Anerkenntniß der Vaterschaft implicite auch das Geständniß enthält, mit der Mutter des Kindes zur Zeit der unterstellbaren Empfängniß den Beischlaf vollzogen zu haben, eben so wenig wird sich aber die daraus abgeleitete Folgerung rechtfertigen lassen, daß das nur in einer Privaturkunde enthaltene Anerkenntniß der Vaterschaft zur Begründung einer Vaterschaftsklage genügt. Denn nach der ausdrücklichen Vorschrift des L.R.S. 334 soll die Anerkennung eines natürlichen Kindes in einer öffentlichen Urkunde vollzogen werden *); die nur in einer Privaturkunde geschehene Anerkennung ist daher unwirksam, und es ist sogar bestritten, ob das nur in einer Privaturkunde vollzogene Anerkenntniß auch nur zur Begründung einer Alimentationsklage dienen kann.

Lauckhard's Rechtsfälle 7. Bd. S. 242.

Man müßte daher die klare Vorschrift dieses Artikels geradezu verläugnen, wenn man das nur in einer Privaturkunde enthaltene Anerkenntniß eines natürlichen Kindes zur Begründung einer Vaterschaftsklage für genügend ansehen wollte.

Man könnte zwar die Frage stellen, wann denn überhaupt ein freiwilliges Geständniß der Vaterschaft vorhanden sei, wenn es in dem hier unterstellten Falle nicht anzunehmen ist? Diese Frage ist allerdings schwer zu beantworten, indem der Zusatzartikel 340a in der That ein juristisches Räthsel enthält, welches bis jetzt noch nicht gelöst wurde, und vielleicht auch nie gelöst werden wird. So viel läßt sich aber behaupten, daß sich der Verfasser dieses Zusatzartikels unter dem freiwilligen Geständnisse des Beischlafs unmöglich den Fall gedacht haben kann, wenn Jemand in einer Privaturkunde seine Vaterschaft anerkennt. Denn es ist anzunehmen, daß dem Verfasser dieses Zusatzartikels der Art. 334 des Landrechts nicht unbekannt war, weßhalb er, wenn es seine Absicht gewesen wäre, das nur in einer Privaturkunde enthaltene Anerkenntniß der Vaterschaft zur Begründung einer Vaterschaftsklage für genügend zu erklären, dies nicht nur ausdrücklich ausgesprochen, sondern auch hiernach den L.R.S. 334 modificirt haben würde, während doch der L.R.S. 334 unverändert geblieben ist. Gegen die Anwendbarkeit des Zusatzartikels 340a auf den hier unterstellten Fall spricht aber noch, daß er als ein Ausnahmsgesetz strict zu interpretiren ist, und daß ihm am wenigsten eine solche Auslegung gegeben werden darf, durch welche er mit einem andern ausdrücklichen Gesetze geradezu in Widerspruch kommen würde.

*) Vergl. Annalen XXI. 296.

D. R.

Hiernach dürfte der Satz als gerechtfertigt erscheinen, daß das nur in einer Privaturkunde enthaltene Anerkenntniß eines natürlichen Kindes zur Begründung einer Vaterschaftsklage nicht genügt.

L.

IV.

Beschwerdesumme.

Sind die Kosten des laufenden Prozesses in die Beschwerdesumme einzurechnen?

Annalen 1. 92.
Jahrbücher n. F. 1. 7.

Der Beklagte X. Gerster war in erster Instanz verurtheilt, 832 fl. 3 kr. nebst Zinsen zu 5 pCt. vom 1. Juni 1852 an die Allgemeine Versorgungsanstalt in Karlsruhe zu zahlen.

Dieses Urtheil wurde auf Appellation des Beklagten unter Verfällung desselben in die Kosten vom Hofgerichte bestätigt. Es mußte also, wenn die hiergegen eingewandte Oberberufung zulässig sein sollte, nach §. 1192 der Pr.O. eine Beschwerdesumme von 1000 fl. nachgewiesen werden.

Der oberappellantische Anwalt berechnete nun die Zinsen vom 1. Juni 1852 bis zum 4. März 1856 — als dem Tage der Zustellung des hofgerichtlichen Urtheils — auf 156 fl. 21 kr., welche mit der Hauptforderung von 832 fl. 3 kr. zusammen 988 fl. 24 kr. betragen würden. Außerdem wollte er, um das Fehlende zu ergänzen, die Prozeßkosten, welche für die zweite Instanz allein 60 fl. 32 kr. ausmachten, als einen Theil der dem Beklagten durch die vorderinstanzlichen Urtheile zugefügten Beschwerden in die Oberappellationssumme eingerechnet wissen, weil nach §. 1127 No. 4 der Pr.O. die Summen aller einzelnen Beschwerden zusammen zu rechnen seien.

Es wurde jedoch die Oberberufung durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 15. Mai l. J. als unstatthaft verworfen.

Gründe:

Die in dem vorliegenden Falle nach §. 1192 d. Pr.O. erforderliche Beschwerdesumme ist offenbar nicht vorhanden, sobald die Kosten des gegenwärtigen Prozesses hievon auszunehmen sind.

Wenn nun der §. 1127 No. 2 die Zinsen und Früchte — welche nach §. 336 wenigstens im Allgemeinen verlangt worden sein müssen — bis zum Tage der Urtheilsverkündung bei Berechnung der Appellationssumme in Anschlag gebracht wissen will, ohne hiebei der Kosten zu erwähnen, so werden die letzteren eben durch dieses Stillschweigen von der Einrechnung ausgeschlossen.

Ein weiterer Grund für den Ausschluß der Prozeßkosten ergibt sich aus §. 1125, nach welchem nur der Werth des Streitgegenstandes, soweit er zuerkannt oder abgesprochen ist, die Beschwerdesumme bilden kann. Die Kosten aber, welche erst durch die Führung des Rechtsstreites entstehen, können selbstverständlich nicht schon beim Beginn desselben eingeklagt und folglich auch in dem Urtheil über die Hauptsache (§. 173 und 336) weder zu- noch ab-erkannt werden.

Es sind daher unter den Summen der einzelnen Beschwerden, von welchen §. 1127 No. 4 spricht, ganz allein diejenigen zu verstehen, welche wirklich den Gegenstand des Streites gebildet haben.

Was bisher von der Appellations-Summe gesagt wurde, das gilt auch von der Oberappellations-Summe. §. 1194.

A. d. Gr. rc. D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 25.

I.

Die Jurisdiktionsverträge.

Zweiter Artikel.

2) Das Verhältniß zu Baiern.

Mit Baiern besteht kein Staatsvertrag, was allerdings zu beklagen ist, da unser Großherzogthum sowohl im Osten wie im Westen an dieses Königreich grenzt, und außerdem ein lebhafter Verkehr, zumal in Getreide, zwischen beiden Ländern getrieben wird. Bezüglich des gegenseitigen Vollzugs der Urtheile existirt ein Erlaß des großh. Justizministeriums vom 26. Mai 1826, mit welchem den Gerichten eine k. baierische Verordnung v. 2. Juni 1811, die Vollstreckung fremdrichterlicher Erkenntnisse betr., mit der Weisung mitgetheilt wird, dieselbe im Weg des Reciprocums genau zu achten, falls um Vollziehung von Erkenntnissen k. baierischer Gerichte nachgesucht werden sollte. Diese Verordnung ist, so viel mir bekannt, noch nicht bei uns abgedruckt, weßhalb ich dem juristischen Publikum einen Dienst zu erweisen glaube, wenn ich sie hier aus dem baierischen Reg.-Bl. vom 8. Juni 1811 No. 38 folgen lasse:

Allgemeine Verordnung,
die Vollstreckung fremdrichterlicher Erkenntnisse betr.

Wir Maximilian Joseph, von Gottes Gnaden König von Baiern.

Da sich über die Anwendung unserer Verordnung vom 9. Oktober 1807, die Vollstreckung fremdrichterlicher Erkenntnisse betr., verschiedene Anfragen und Anstände ergeben haben, so haben wir eine nähere Bestimmung derselben für nothwendig erachtet, und erklären daher nach Vernehmung unseres geheimen Raths wie folgt:

§. 1. Obenerwähnte Verordnung v. 9 Oktober 1807 beschränkt sich blos auf diejenigen Fälle, wo von einem nach staatsrechtlichen Grundsätzen incompetenten auswärtigen Gerichte wider einen diesseitigen Unterthan erkannt worden ist, erstreckt sich daher nicht auf den Fall, wenn bei dem Gericht des auswärtigen Staates entweder der allgemeine Gerichtsstand des Wohnorts oder einer der besonderen Gerichtsstände der gelegenen Sache, des Arrestes, des Contractes oder der geführten Verwaltung begründet war.

§ 2. Der Vollstreckung eines fremdrichterlichen Erkenntnisses an den in Baiern befindlichen Gütern des Sachfälligen kann jedoch nur unter der Voraussetzung stattgegeben werden, wenn

1) durch gerichtliche Zeugnisse dargethan ist, daß in dem auswärtigen Staate selbst, von dessen Gerichten erkannt worden, keine taugliche oder hinreichende Vollstreckungsmittel vorhanden seien, und wenn sich
2) keine diesseitigen Unterthanen mit Forderungen gemeldet haben, rücksichtlich welcher ihnen an den zur Vollstreckung des fremdrichterlichen Erkenntnisses angewiesenen Sachen ein gleiches oder vorzügliches Recht gesetzlich zusteht.

§. 3. Soll die Hülfsvollstreckung an der Substanz unbeweglicher Güter geschehen, so ist zuvörderst der Inhalt des fremdrichterlichen Erkenntnisses nebst Anzeige der Güter, auf welche die Hülfsvollstreckung nachgesucht worden ist, öffentlich bekannt zu machen. Auch sind alle diesseitigen Unterthanen, welche etwa aus dem Grund einer Hypothek oder aus anderem Titel ein gleiches oder vorzügliches Recht an jenen Gütern zu haben vermeinen, innerhalb eines bestimmten präclusiven Termins aufzufordern, bei dem einschlägigen Untergerichte ihre Forderung geltend zu machen.

§. 4. Das Gesuch um Vollstreckung eines fremdrichterlichen Erkenntnisses ist unter Beilegung des Urtheils

in Original oder beglaubter Abschrift bei dem Appellationsgerichte des Kreises vorzubringen, innerhalb welches die Execution geschehen soll. Diese Gerichtsstelle hat nach geschöpfter Ueberzeugung, daß dasselbe nach den Bestimmungen des §. 1 von einem zuständigen Gerichte erkannt worden sei und die Rechtskraft beschritten habe, wie auch nach Beobachtung der in §§. 2 und 3 enthaltenen Vorschriften dem betreffenden Untergerichte den Auftrag zur Hülfsvollstreckung zu ertheilen.

§. 5. Der bei einem auswärtigen Gerichte begründete allgemeine Gerichtsstand des Concurses erstreckt sich nicht auf die im Inlande liegenden Güter des Schuldners oder bei inländischen Gerichten anhängigen Prozesse, soweit nicht durch besondere Uebereinkunft ein Anderes bestimmt ist.

Alle unsere Gerichts- und andere Behörden haben sich nach dieser unserer Verordnung zu achten, wobei sich übrigens von selbst versteht, daß die Vollstreckung fremdrichterlicher Erkenntnisse nur alsdann und nur insofern statt gegeben werden könne, als von auswärtigen Staaten gleiche Grundsätze rücksichtlich der Erkenntnisse unserer Gerichtsstellen beobachtet werden. Doch sind unsere Gerichtsstellen nicht eigenmächtig, sondern nur nach unserer ausdrücklichen Genehmigung, eine Retorsion geltend zu machen, berechtigt.

München, den 2. Juni 1811.
gez. Max Joseph.

gez. Graf Reigersberg.

Auf Königlichen allerhöchsten Befehl
Generalsecretär Neumann.

Diese Verordnung ist offenbar das Vorbild für den Staatsvertrag mit Würtemberg geworden; denn Art. 2 desselben stimmt mit den übigen §§. 2 und 3 beinahe wörtlich überein. Nach beiden soll ein fremdes Urtheil nur vollzogen werden, wenn nachgewiesen ist, daß in dem Staat, dessen Gerichte das Urtheil erlassen haben, keine Vollstreckungsmittel vorhanden sind, und wenn außerdem die eigenen Unterthanen nicht ein vorzügliches oder auch nur ein gleiches Recht an den zur Vollstreckung gelangenden Gegenständen haben; zu diesem Behuf soll nach der obigen Verordnung, wie nach dem Staatsvertrag, sobald die Vollstreckung auf Liegenschaften begehrt wird, ein öffentliches Ausschreiben ergehen, welches die Inländer zur Anmeldung ihrer Ansprüche binnen peremtorischer Frist auffordert. Und auch diese beinahe ganz illusorische Art der Vollstreckung wird nicht einmal allen ausländischen Urtheilen gewährt, sondern nur solchen, bei denen die Competenz als begründet erkannt wird. Deßwegen geht nach obiger Verordnung der Vollstreckungsverfügung eine Untersuchung bezüglich der Competenz voraus. Die Competenz wird aber nur dann als vorhanden angenommen, wenn einer der in §. 1 benannten Gerichtstände vorhanden ist; und zudem ist die Frage, ob einer derselben im gegebenen Fall vorhanden ist, nach baierischen Gesetzen zu beurtheilen. Wie selten mag daher ein fremdes Urtheil zum Vollzug kommen können!

Die schlimmsten Folgen hat aber offenbar der §. 5 der Verordnung, welcher nicht einmal den allgemeinen Gantgerichtstand anerkennt; man sucht umsonst nach einem vernünftigen Grund dieser Abweichung von der Regel des §. 1, welcher doch den allgemeinen Gerichtstand des Wohnortes zur Begründung der Competenz für zureichend hält. Was kann die Staatsgewalt veranlassen, einen verganteten Schuldner auf Kosten der Gläubiger zu begünstigen? Oder warum sollte man dem Gericht, dessen Competenz nach §. 1 der Verordnung nicht zu bezweifeln ist, gerade in Bezug auf Ganterkennung oder Gantbehandlung mißtrauen, während man seine sonstigen Urtheile anzuerkennen und zu vollziehen sich bereit erklärt. In Folge dieser unheilvollen Bestimmung kommt es vor, daß zwei Gantmassen in Baden und Baiern gebildet werden, daß die Gläubiger da und dort liquidiren, daß da und dort Locations- und Distributionsbescheide, die möglicher Weise in grellstem Widerspruch zu einander stehen, erlassen werden. Das ist doch ein Zustand, der dringende Abhülfe erheischt! Man kann übrigens die Frage aufwerfen, in wiefern nach Erscheinen der neuen Prozeßordnung in Baden (1832) der Staatsvertrag mit Würtemberg wie das auf obige Verordnung begründete Reciprocitätsverhältniß mit Baiern eine Veränderung erfahren hat? Unsere Prozeßordnung, welche in dieser Beziehung nicht abgeändert worden ist, bestimmte in §. 951 (jetzt §. 918), daß bei Vollstreckung ausländischer Urtheile zunächst die Staatsverträge, wo aber keine solche bestehen, die von der Regierung auf den Grund der Gegenseitigkeit erlassenen Vorschriften entscheiden. Hiernach würde in Bezug auf würtembergische Urtheile der Staatsvertrag, in Bezug auf baierische der Erlaß des großherzogl. Justizministeriums vom 26 Mai 1826 maaßgebend sein. Es ist aber §. 952 (jetzt 919) viel lieber aber in Bezug auf den Vollzug auslän-

discher Urtheile als der Staatsvertrag mit Würtemberg und als die baierische Verordnung, indem

1) alle ausländischen Urtheile diesseits vollzogen werden, wenn sie gegen Unterthanen des Staats, dessen Gerichte das Urtheil gesprochen haben, ergangen sind;
2) andere Urtheile aber dann, wenn die Competenz des urtheilenden Gerichts nach inländischen Gesetzen begründet ist.

Hier ist also abgesehen von jedem Vorzug der Inländer vor Ausländern; man bedarf auch nicht des Nachweises, daß im Auslande keine Vollstreckungsmittel vorhanden seien; es entscheidet lediglich die Competenz. Daß die ausländischen Gerichte competent sind rücksichtlich ihrer eigenen Angehörigen, wird als selbstverstanden angenommen, und kann auch von keiner Seite bestritten werden.

Welchen Grund hätten wir auch, Urtheile würtembergischer Gerichte gegen Würtemberger, oder bairischer Gerichte gegen Baiern zu beanstanden? Wenn aber ausländische Gerichte gegen Nichtangehörige ihrer Staaten Urtheile erlassen, dann sollen unsere Gerichte die Competenz prüfen und zwar nach unsern Gesetzen. Ist diese vorhanden, so wird das ausländische Urtheil vollzogen, andernfalls nicht. Es ist dieses ein so einfacher und so einleuchtender Grundsatz, daß man sich in der That wundern muß, wenn derselbe nicht in den übrigen Bundesstaaten adoptirt worden ist. Wo nun die bestehenden Staatsverträge weiter geben, als diese Bestimmung unserer Pr.O., sind sie allerdings maßgebend, wo aber die Staatsverträge oder die Regierungsverordnungen hinter der Pr.O. zurückbleiben, wo sie z. B. lästige Vorbedingungen vorschreiben, von denen die Pr.O. nichts weiß, sollte man da zu dem sonderbaren Resultat gelangen, daß die Urtheile der Länder, mit welchen kein Staatsvertrag besteht, leichter vollzogen werden, als die Urtheile würtembergischer oder bairischer Gerichte? Das Urtheil eines englischen, russischen oder amerikanischen Gerichts gegen einen Engländer, Russen oder Amerikaner würde bei uns vollzogen, während das Urtheil eines würtembergischen oder bairischen Gerichts gegen einen Würtemberger oder Baiern nur dann vollzogen werden soll, wenn die schon mehrfältig erwähnten Voraussetzungen vorhanden sind! Ist das wohl die richtige Auslegung? Oder muß man zugeben, daß die Vergünstigung, welche die Pr.O. allen ausländischen Urtheilen ohne Ausnahme gewährt, auch den Urtheilen der Länder, mit welchen Staatsverträge bestehen, zu statten kommen muß? Die letztere Auslegung ist offenbar die vernünftigere, da die Staatsverträge Erleichterung des Urtheilsvollzugs, nicht aber Erschwerung desselben bezwecken. Damit hieraus keine Benachtheiligung des Inlandes entsteht, wird in §. 953 (jetzt §. 920) dem Beklagten, wenn der Kläger ein Ausländer ist, die Einwendung gegen den Urtheilsvollzug gestattet, daß von dem auswärtigen Staat, dessen Gericht das fragliche Urtheil erlassen hat, eine gleiche Willfährigkeit bei Vollstreckung von Urtheilen badischer Gerichte nicht beobachtet werde. Eine solche Einwendung ist aber, wohl bemerkt, nur gestattet, wenn der Kläger ein Ausländer ist; dem Inländer kann ein solcher Einwand nicht entgegen gehalten werden. Ein Inländer kann demnach jedes ausländische Urtheil, sei es in Rußland, England oder Amerika erlassen, in Baden vollziehen lassen, wenn die Competenz — nach inländischen Gesetzen beurtheilt — begründet ist, sollte er ein Urtheil der würtembergischen oder bairischen Gerichte, unter der gleichen Voraussetzung, etwa nicht vollziehen lassen können? Das wäre gewiß widersinnig. Verlangt ein Ausländer den Urtheilsvollzug, so muß er sich die erwähnte Einwendung gefallen lassen. Wo ein Staatsvertrag oder eine Regierungsverordnung besteht, kann alsdann der Vollzug nach Maßgabe derselben geschehen; wo aber kein Vertrag und keine Verordnung vorhanden ist, hat der Kläger den Nachweis zu erbringen, daß der ausländische Staat, um dessen Urtheil es sich handelt, in ähnlichen Fällen die Urtheile der badischen Gerichte vollzieht.

3) Verhältniß zu dem Großherzogthum Hessen.

Auch mit diesem Nachbarstaat ist kein Vertrag zu Stande gekommen, wie im Eingang der Justizministerialverfügung vom 5. Mai 1813 Reg.-Bl. No. 17 mit Bedauern erwähnt ist. Diese Verordnung verfügt daher einseitig

1) in den Artikeln 1—10 über die Verhältnisse der in beiden Staaten angesessenen Standes- und Grundherrn,
2) in dem Art. 11 über die Vollziehung der Urtheile hessischer Gerichte.

In ersterer Beziehung ist in den Art. 1. 2 u. 3 vorgeschrieben, daß bei Versieglung und Entsieglung des Nachlasses eines in beiden Ländern begüterten Standes-

oder Grundherrn nach diesseitigen Gesetzen verfahren wird, ohne sich um den in Hessen gelegenen Theil des Nachlasses zu kümmern; nicht minder soll nach Art. 4 ein Vormund für das diesseitige Vermögen bestellt werden, der sich, wenn er nicht besondern Auftrag rücksichtlich des in Hessen belegenen Vermögens erhält, um dieses nicht anzunehmen hat. Tritt Ueberschuldung eines solchen Standes- oder Grundherrn ein, so wird nach Art. 5. 6. 7 diesseits Partikulargant erkannt, zu welcher alle Forderungen diesseitiger Unterthanen, ferner der Unterthanen aus dritten (mithin nicht hessischen) Staaten, welche nicht das hessische Vermögen afficiren, außerdem aber nur solche Forderungen zugelassen werden, welche entweder auf diesseitiges Vermögen unterpfändlich radicirt sind, oder einen nach L.R.S. 111 bedungenen Wohnsitz oder eine bedungene Zahlungskasse im Lande haben, oder endlich bereits an inländischen Gerichten anhängig geworden sind. Andere Forderungen werden erst zugelassen, wenn die vorstehend benannten sämmtlich befriedigt sind. Das ist allerdings ein wenig freundliches Verhältniß, da es die Forderungen der Hessen allen andern, selbst denen der Franzosen, Engländer und Russen nachsetzt. Und ein solcher Zustand konnte sich unter Bundesstaaten seit mehr als 40 Jahren erhalten!

Die Art. 8. 9 und 10 enthalten genaue Bestimmungen, in welchem der beiden Länder Klagen gegen einen in beiden Staaten angesessenen Standes- oder Grundherrn anzubringen sind, und in welchen Fällen den in Hessen deßfalls ergangenen Urtheilen diesseits Vollziehbarkeit zugestanden wird. Darnach sollen

a) alle Realklagen, welche sich auf diesseitiges Vermögen beziehen, und solche persönliche Klagen, welche aus der Inhabung einer Liegenschaft entspringen, bei den diesseitigen Gerichten angebracht werden; den auswärts darüber ergangenen Urtheilen wird keine Vollziehbarkeit zugestanden, Art. 8.

b) Andere persönliche Klagen können nach Belieben des Klägers in Baden oder Hessen angebracht werden, mit der Einschränkung jedoch, daß dem deßfalls in Hessen ergangenen Urtheile, im Falle dessen Vollzug in Baden begehrt wird, die Einwendung entgegengehalten werden kann, daß es den diesseitigen Gesetzen nicht entspreche, worüber alsdann unsere Gerichte zu entscheiden haben, Art. 9;

c) Standes- oder solche Klagen, die auf Familienverhältnisse oder persönliche Leistungen Bezug haben, sind am Gericht des Wohnsitzes des Standes- oder Grundherrn anzubringen, und werden die darüber ergangenen Urtheile diesseits vollzogen, Art. 10.

Anmerkung.

Es ist in den Art. 9 und 10 zwischen persönlichen Klagen und solchen Klagen, die eine persönliche Leistung zum Gegenstande haben, unterschieden. Diesen Unterschied kann ich nur in der Weise erklären, daß unter den letztern solche Leistungen, die Jemand in Person vollziehen muß, wie z. B. bei Staatsanstellungen u. s. w. verstanden werden.

Der Art. 11 beschäftigt sich mit dem Vollzug der Urtheile im Allgemeinen, wobei man nach den vorausgehenden beschränkenden Bestimmungen auf höchst unerwartete Weise durch das Zugeständniß einer ganz unbeschränkten Vollziehbarkeit der Urtheile der großh. hessischen Gerichte gegen alle Gattungen von Personen, wie es dort heißt, überrascht wird; es werden daher keine Einreden im Executionsverfahren dagegen angenommen, als solche, welche auch gegen inländische Urtheile statt finden. „Hievon sind aber die oben zu Art. 8 und 9 erwähnten besondern Fälle ausgenommen."

Hiernach besteht mit Ausnahme der besondern Bestimmungen rücksichtlich der in beiden Ländern angesessenen Standes- und Grundherrn eine so vollständige Reciprocität hinsichtlich der gegenseitigen Vollziehung der Urtheile wie mit keinem andern Land, was um so mehr zu verwundern ist, als der Eingang der fraglichen Verordnung von einer damals zwischen beiden Staaten eingetretenen Verstimmung Kunde gibt. Das hier festgesetzte Reciprocitätsverhältniß wurde zwar durch eine schriftliche Weisung des großh. Justizministeriums vom 24. August 1825 für einige Zeit unterbrochen, allein später durch die im Reg.-Bl. vom Jahr 1829 No. 8 erschienene Bekanntmachung des großh. Justizministeriums vom 14. April 1829 wieder hergestellt, und hat seitdem in der Praxis ohne bemerkbare Inkonvenienz für die öffentlichen Interessen und zur großen Befriedigung der dabei interessirten Privatpersonen fortbestanden. Umsomehr Veranlassung lag hierin, mit andern deutschen Bundesstaaten in ähnlicher Weise vorzuschreiten, was jedoch nur mit Wenigen gelungen zu sein scheint. Es waren aber vorher schon, wie in der

Bekanntmachung vom 5. Mai 1813 angeführt wird, zwei Staatsverträge mit den damaligen Großherzogthümern Würzburg und Frankfurt, durch welche gegenseitig der unbeschränkte und unbehinderte Vollzug der rechtskräftigen Erkenntnisse zugesichert wurde, zu Stande gekommen.

Von diesem soll daher zunächst gehandelt werden.

4) Die Jurisdiktionsverträge mit Würzburg und Frankfurt.

Beide Verträge sind gleichlautend und sind publicirt in dem Reg. Bl. von 1810 No. 34 und von 1811 No. 9. In Bezug auf beide entsteht die Präjudicialfrage, ob sie heute noch gelten und zur Anwendung gelangen können? Denn beide Großherzogthümer haben aufgehört; das Großherzogthum Würzburg wurde durch Art. 44 der Wiener Congreßakte an Baiern abgetreten, das Großherzogthum Frankfurt wurde zersplittert, indem Theile davon an Preußen, von diesem wieder an Churhessen, Sachsen-Weimar und Baiern abgetreten wurden, dagegen das Gebiet der Stadt Frankfurt als souveräner Staat daraus hervorging. s. Art. 40 und 46 der Wiener Congreßakte. Eben wegen dieser Zersplitterung des ehemaligen Großherzogthum Frankfurt wurde in einem Urtheile des großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises, bestätigt von dem großh. Oberhofgericht,

s. Annalen von 1844 No. 3 und 8 S. 17 u. 61,

ausgesprochen, daß der mit diesem Großherzogthum abgeschlossene Vertrag nicht mehr zu Recht bestehe; die fortdauernde Gültigkeit wird dagegen in dem Aufsatz: „Bemerkungen über einzelne §§. der P. O. von St. Stabel" in den Annalen von 1841 No. 43 S. 303 und ff. zu §. 50 behauptet, und ausführlich vertheidigt in den oben angeführten Stellen der Annalen von 1844. Der dortigen Ausführung kann noch beigefügt werden, daß Klüber in §. 47 seines Handbuchs des öffentlichen Rechts des deutschen Bundes, 4. Ausgabe unter No. VI. ausdrücklich sagt:

„Mit der Auflösung des rheinischen Bundes mußten alle Bestimmungen der rheinischen Bundesakte, welche föderativer Natur sind, aufhören, für die Zukunft wirksam zu sein. Dagegen mußten und müssen, wenn und soweit nicht durch gegenseitige Willenserklärungen der Betheiligten das Gegentheil festgesetzt ist, alle Bestimmungen jener Bundesakte fernerhin wirksam sein, welche nicht föderativer Natur sind, worin sie nicht als Bundesvertrag, sondern als Territorial Staatsvertrag erscheint, zu deren Wirksamkeit mithin die Fortdauer des Bundesvereins als nothwendig nicht vorauszusetzen ist." Sowie nach Auflösung des rheinischen Bundes die Akte desselben in allen Beziehungen, die nicht föderativer Natur sind, unter den Contrahenten fortbesteht, was auch, wie die von Klüber in der Note e angeführten Beispiele zeigen, vielfältig anerkannt wurde, so gelten auch die von den nun aufgelösten Staaten abgeschlossenen Verträge in allen Beziehungen, welche durch die eingetretene Veränderung nicht nothwendiger Weise alterirt wurden, noch fort. In Bezug auf die in andern Staaten incorporirten Theile der frühern Großherzogthümer mag allerdings eine Alterirung des Jurisdiktionsvertrags als nothwendige Folge erscheinen, weil die Jurisdiktion zur Staatshoheit gehört, diese aber nicht so zersplittert werden kann, daß ein Theil des Landes andere Beziehungen zum Ausland haben kann, als das Ganze. In Bezug auf Frankfurt dagegen, welches als selbstständiger Staat aus dem Großherzogthum hervorgegangen ist, steht kein Hinderniß der fortdauernden Gültigkeit und Wirksamkeit des Staatsvertrags entgegen.

Was nun den Inhalt desselben betrifft, so zerfällt er in zwei Theile, von denen der erste in den §§. 1—16 Bestimmungen über Gant- und Erbgerichtstand, sowie über Vormundschaften solcher Personen, welche Güter in den beiden Großherzogthümern Baden und Frankfurt besitzen, enthält, der zweite aber in §. 16 verfügt, „daß zwischen beiden Staaten das alte Herkommen beibehalten werde, wonach jedes in dem einen Staat ergangene, mit der nöthigen Beurkundung der Rechtskraft vorgelegte und keine Hintansetzung ausländischer Personen vor inländischen aussprechende Urtheile ohne weitere Umtriebe auch in dem andern der beiden Staaten vollziehbar ist, daß hiernach es fernerhin zu halten und keine besondere richterliche venia exequendi oder Beisatzbefehl für deren ordnungsmäßige Vollziehung auf Güter des andern Staats zu verlangen nothwendig sei."

Bemerkenswerth ist hierbei, daß der gegenseitige Urtheilsvollzug als ein altes Herkommen bezeichnet wird, wonach also, selbst wenn man das Fortbestehen des Vertrags beanstanden würde, das alte Herkommen zu beachten wäre, das auch in Frankfurt fortdauernd aufrecht erhalten wird.

II.

Von dem Haftgelde.

(Aus Marcadé: Explication du Code civil.)

Art. 1590. War die Verkaufszusage durch ein Haftgeld bekräftigt, so kann jeder Theil davon abgehen;

Derjenige, welcher es gegeben hat, mit dessen Zurücklassung;

Der, welcher es erhalten hat, mit dessen doppeltem Ersatze.

I. Von dem Haftgelde bei Verkaufszusagen.

Gewöhnlich und im Allgemeinen versteht man unter Haftgeld, eine Summe Geldes (es kann dies aber auch ein anderer Gegenstand sein), welche bei den Kauf- und Miethverträgen, von dem einen Theile (gewöhnlich dem Käufer oder Miether) zur Sicherung des anderen wegen der Vertragserfüllung, erlegt wird. Der vorliegende Artikel gibt aber dem Haftgelde hier eine ganz andere Bedeutung, indem er sagt, daß bei der Verkaufszusage das Haftgeld, anstatt ein Zeichen der Unwiderruflichkeit der Uebereinkunft und der festen Absicht der Parteien nie von derselben abzugehen, zu sein, im Gegentheile einen Beweis des gegenseitigen Willens der Parteien liefere, nicht unwiderruflich gebunden zu sein und sich dadurch frei machen zu können, daß sie, der Eine das bezahlte Haftgeld, der Andere eine demselben gleiche Summe, opfere. Während z. B. das gegenseitige, von uns unterzeichnete Versprechen, daß Du mir in Jahresfrist Dein Haus um 10,000 fl. verkaufest und ich es in gleicher Frist um diesen Preis kaufe, wenn es ohne Haftgeld gegeben wurde, vollverbindlich ist und einem Jeden von uns gestattet, während es eines Jahres, selbst gegen den Willen des Andern, den Kaufvertrag oder ein stellvertretendes Urtheil zu erwirken, so läßt das gleiche Versprechen, wenn es mit 500 fl. Haftgeld belegt ist, die ich Dir bezahlt habe, uns die Freiheit es nicht zu erfüllen mit der Auflage für mich, wenn ich davon abgehe, Dir meine 500 fl. zu lassen, und für Dich, wenn die Weigerung von Dir herrührt, mir die 500 fl. nebst noch weiteren 500 fl. herauszuzahlen. Einleuchtend ist es übrigens, daß, wenn die Uebereinkunft durch den Abschluß des Kaufvertrags erfüllt wird, die als Haftgeld gegebene Summe auf den Kaufpreis in der Weise aufgerechnet werden muß, daß ich in dem obigen Falle Dir nur noch 9500 fl. zu zahlen habe. Ebenso handgreiflich ist, daß wenn die Zusage mit unserer gegenseitigen Einwilligung oder darum ohne Wirkung bleibt, weil die Sache zu Grunde ging, der zugesagte Verkauf also unmöglich wird, kein Theil etwas verlieren darf, und der, welcher das Haftgeld erhalten hat, muß es zurückgeben, ohne daß er etwas darauf zu legen braucht: der künftige Verkäufer hat im letzten Falle nur seine Sache verloren, was auch ganz einfach ist, weil diese Sache, da sie noch nicht verkauft, nothwendiger Weise für ihn zu Grunde geht. Es ist zum Erstaunen, daß Duranton (III. 263 in fine) eine so einfache Frage als eine solche hinstellt, über die sich streiten lasse [1]).

Uebrigens unterliegt es keinem Zweifel, daß, wenn das Ausdingen von Haftgeld hiernach bei der Verkaufszusage als ein Vorbehalt des Widerrufs betrachtet werden muß, darin nur eine allgemeine Regel liegt, eine gesetzliche Vermuthung, welche in den besondern Fällen nicht eintreten kann, wo mit Gewißheit aus den Worten des Vertrags, oder aus den Umständen sich ergibt, daß die Absicht der Vertragspersonen eine andere gewesen sei, und daß sie das Haftgeld als ein Zeichen der Unwiderruflichkeit ihrer Zusagen angesehen haben.

II. Von dem Haftgelde bei Käufen.

Worin besteht aber die Wirkung des Haftgeldes, wenn es nicht einer bloßen Verkaufszusage, sondern einem wirklichen Kaufe hinzutritt? Das ist eine sehr bestrittene, sehr verwickelte Frage, deren Beantwortung jedoch unserer Ansicht nach auf etwas ganz Einfaches hinausläuft.

Ein Theil, mit Duvergier an der Spitze, meint, daß das, was der vorliegende Artikel von der Verkaufszusage spricht, gleichmäßig auch auf den Kauf seine Anwendung finde. Die Anderen sind dagegen der Ansicht, daß aus den Grundsätzen des Rechts die entgegengesetzte Regel fließe, und dieser Meinung ist namentlich auch Troplong, der jedoch diese Regel nur mit mehreren Unterscheidungen und Unterunterscheidungen annimmt. Auf beiden Seiten ergeht man sich in langen Erörterungen, um darauf zu kommen, welche Wirkung der Kauf mit Haftgeld, sowohl im neueren Stande des römischen Rechts, als im älteren französischen Rechte, habe. Eine Einigung über diesen

[1]) Pothier, 503; Delvincourt, III.; Troplong, 136; Duvergier, 140.

Punkt scheint unmöglich zu sein. Im Vorjustinianäischen Rechte lag im Haftgelde ein Beweis der Unwiderruflichkeit des Kaufs: argumentum, sagte Gajus, emtionis et venditionis contractae. Justinian nahm aber an dieser Regel eine Aenderung vor, über deren Bedeutung man nie einig geworden ist; und wenn es allerdings richtig ist, daß die Annahme eines blosen Widerrufs, wofür heut zu Tage Ducaurroy und Ortolan stimmen und wofür sich früher mehrere Lehrer, wie Salicet und Fachin aussprachen, in der That allein dem Wortlaute der Institutionen entspricht, so ist es ebenfalls unbestritten, daß sie ehemals von allen den berühmtesten Commentatoren, Batholus, Guiacius, Vienius, Voethius, Pothier, verworfen wurde, und zwar in einer Weise, daß die Ansicht der Letzteren mehr, als die der Anderen die Meinung der Redacteure des Code uns zu geben scheint. Auch die Vorarbeiten geben uns keinen weiteren Aufschluß; und die Stelle der Rede, welche Grenier vor dem gesetzgebenden Körper gehalten hat, die von Troplong und Duvergier, von diesem, indem er sich zur Unterstützung seiner Ansicht (No. 135) darauf beruft, von jenem, indem er sie, als der seinigen (No. 140 und 145) entgegengesetzt bekämpft, zusammen citirt wird, als wenn sie auf den Kauf mit Haftgeld das ausdehnte, was das Gesetz für die Verkaufszusage bestimmt, spricht Nichts derartiges aus. Troplong und Duvergier nehmen den letzten Absatz der Stelle für sich allein, statt ihn mit dem vorhergehenden in Verbindung zu bringen, ändern ferner dessen Interpunction und interpretiren den Satz Grenier's unrichtig dahin, daß: „les arrhes déterminent le caractère et l'effet de l'engagement, en le rednisant à une simple promesse de vendre dont ou pourra se désister.“ Sie verstehen darunter, daß das Haftgeld, aus dem Kaufe eine blose Kaufszusage mache, von der man wieder zurücktreten könne, während der Sinn der ist, daß das Haftgeld aus einer Verkaufszusage, welche ohne dies unwiderruflich wäre, eine Verkaufszusage macht, von der man wieder zurücktreten kann.

Diese Bedeutung, die sich schon aus dem Beistriche ergibt, welchen die beiden Autoren nach den Worten promesse de vendre gesetzt haben, und welcher in dem Protokolle nicht enthalten ist (als welches ausdrückt, daß es sich nicht darum handle eine Verbindlichkeit à une promesse dont . . ., sondern à une promesse dont on pourra se d'esister, gleich zu machen), diese Bedeutung sagen wir, wird ferner klar, wenn man den Satz im Zusammenhange mit denen nimmt, welche ihm voran gehen. Nachdem Grenier den Art. 1589 erläutert hat (von dem er sagt, er befasse sich mit einem anderen Rechtsgeschäfte als dem Kaufe, nemlich mit der Verkaufszusage, um uns dann zu sagen diese Zusage gelte einem Kaufe gleich), fügt er bei dem vorliegenden Artikel bei, daß „es rathsam geschienen habe, für eine Art der Verkaufszusage eine Ausnahme von dieser Regel aufzustellen, Nemlich für diejenige, welche mit einem Haftgelde versehen ist.“ Von da kommt er zu dem hier in Frage stehenden Satze, der es demnach nur mit der Verkaufszusage und nicht mit dem Kaufe zu thun hat [2]) Auch Malleville, einer der Redactoren, sagt uns, daß „es sich in diesem Artikel um Haftgeld handele, das auf die blose Verkaufszusage, und nicht um solches, das bei perfecten Käufen gegeben wird.“

Unser Gesetzgeber hat demnach bei Regelung der Wirkung eines Haftgeldes bei Verkaufszusagen weder ausdrücklich noch stillschweigend irgend eine Regel über die Wirkung aufgestellt, welche es bei Käufen haben soll. Ist aber dieses gänzliche Stillschweigen hier eine Lücke, die man ausfüllen müßte? Haben wir hier einen Fall, wo eine besondere und a priori gegebene Gesetzesregel unumgänglich nothwendig ist? Sicherlich nein, weil es sich immer nur um das handelt, was die Betheiligten beabsichtigt haben, nur um die Prüfung des Willens der Vertragspersonen, also eine Thatfrage, die der Richter in jedem einzelnen Falle nach Ortsgebräuchen, nach der Bedeutendheit des Haftgeldes im Vergleiche zum Preise der Sache, nach den Gewohnheiten der Parteien, nach dem Inbegriffe der verschiedenen Vorgänge beim Geschäftsabschlusse zu entscheiden hat.

Auf diesem Wege und als Thatfrage hat er zu entscheiden, ob die Summe, oder ein anderer gegebener Werth, gegeben würde als Zeichen der Befugniß zurück zu treten, oder im Gegentheile als ein Zeichen der Unwiderruflichkeit der Uebereinkunft, oder als blose Abschlagszahlung auf den bestimmten Preis, oder endlich mit diesen beiden letzten Eigenschaften zugleich.

Während also der Richter bei den blosen Verkaufszusagen einen von Vorn herein vorgezeichneten Weg hat und im Haftgelde nur ein Mittel zum Widerrufe sehen darf, vorbehaltlich des Beweises des Gegentheils, ist bei Verkäufen ihm gar keine Regel, weder im einen noch im anderen Sinne, vorgeschrieben und er hat freien Spielraum, die gewisse oder wahrscheinliche Absicht der Ver-

---

[2]) Fenet XIV. p. 189.

tragspersonen zu erforschen und sie nach seiner Ueberzeugung zu befolgen. *) Adrian Pfaff.

III.

Die in alten Urkunden vorkommende Ausdrucksweise, daß Jemand „die Haltung des Fasels" übernehme, ist dahin auszulegen, daß der Verpflichtete die Last auf sich habe, je nach dem Bedürfnisse des Viehstandes des Berechtigten ein oder mehrere Stück Fasel zu unterhalten.

Zwischen der Gemeinde Sindolsheim und den Jakob Fuchs'schen Erben von da war Streit entstanden über die Ablösung der Fasellast. Letztere lag den Fuchs'schen Erben ob. Sie gaben zu schuldig zu sein, einen Fasel zu halten, behaupteten aber, daß die Verpflichtung nicht weiter gehe als auf die Anschaffung und Unterhaltung je einen Fasels, während die Gemeinde behauptete, daß die Fuchs'schen Erben verpflichtet seien, je nach dem Bedürfnisse des Viehstandes der Gemeinde das nöthige Faselvieh zu halten, und wenn dasselbe auch mehrere Fasel gleichzeitig erheische. Das Amt Bretten erkannte „die Last der gedachten Erben zur Faselhaltung in der Gemeinde Sindolsheim sei bezüglich der Anzahl des zu haltenden Fasselviehs als eine unbestimmte zu erklären." Dies Urtheil bestätigte das mittelrheinische Hofgericht.

Die Urkunde, auf welche sich die Verpflichtung der Fuchs'schen Erben gründete, ein Kaufbrief vom 14. Juni 1767, lautet in der hierher bezüglichen Stelle folgender Maaßen:

„den Fasel auf eigene Kosten ohne Jemandt
„weder der Gemeinde Zuthun dermaaßen unabläßig
„anzuschaffen, und zu unterhalten, damit die mindeste Klag nicht entstehen möge."

Die Entscheidungsgründe des mittelrheinischen Hofgerichts geben dieser Stelle folgende Auslegung:

„Die von der Gemeinde aufgerufene Urkunde besagt nämlich in den hierher bezüglichen Worten keineswegs, daß die Verpflichteten nur einen Fasel zu halten schuldig sind, sie drückt vielmehr allgemein, ohne in bestimmter Weise die Art und Zahl des Fasels zu bezeichnen, die Verbindlichkeit zur Haltung des Faselvieh's aus. Bei dieser Unbestimmtheit des Ausdrucks können also die Kläger aus dem Inhalte dieser Urkunde weder ableiten, daß sie nur den Rindsfasel, oder nur den Schweinenfasel zu halten schuldig seien, noch daß die Zahl desselben bestimmt angegeben worden ist. Vielmehr ergibt sich aus der Allgemeinheit der Ausdrucksweise wie dem Schlußsatze, daß die Verbindlichkeit der Kläger nicht auf eine bestimmte Zahl von Faselvieh beschränkt sei, und daß sie solche nach dem jeweils herrschenden Bedürfnisse und den mit diesem übereinstimmenden billigen Anforderungen der Gemeinde zu erfüllen haben.

In diesem Rechtsfalle waren übrigens noch weitere unterstützende Momente für diese Auslegung der Ausdrucksweise „der Fasel" vorhanden. Das Oberhofgericht hat unter Bestätigung der Entscheidungsgründe im Jahr 1854 die Entscheidung des Amtes und Hofgerichtes aufrecht erhalten.

Vor wenigen Tagen hat das mittelrheinische Hofgericht einen Rechtsstreit zwischen der Gemeinde und der Pfarrei Rinklingen über einen gleichen Streitgegenstand auf dieselbe Weise entschieden, obschon hier weitere unterstützende Momente für die nämliche Auslegung der aus dem Jahre 1536 stammenden Urkunde nicht vorhanden waren. Die hier einschlägige Stelle der Entscheidungsgründe lautet:

„In Erwägung, daß — — die Stelle:

daß Widdumsgut haben sie auch einem Pfarrherr gegen Haltung Fasels zu genießen geben.

nach der damaligen Sprach- und Ausdrucksweise, wonach man sich statt des Gattungsbegriffs der Verbindlichkeit nur der Bezeichnung ihres Gegenstandes in der einfachen Zahl bediente, um so weniger eine andere Auslegung als die ihr von der Klägerin gegebene zuläßt, als vor dem Wort: „Fasels" kein Artikel steht, in keinem Falle also der unbestimmte Artikel, beziehungsweise das Zahlwort ein gebraucht werden wollte, weil dieses Wort sonst nothwendig gebraucht worden wäre, und mithin nur der bestimmte Artikel „des" ausgelassen ist, woraus dann auch folgt, daß mit den Worten „des Fasels" nicht die Anzahl der zu haltenden Fasel, sondern die Faselviehlast im Allgemeinen bezeichnet, mit andern Worten gesagt werden wollte, der Pfarrer habe als Nutznießer des Widdumsguts das nöthige Faselvieh, bestehe solches aus einem oder mehreren Stücken, zu halten."

Dtf.

*) Ueber diese Frage s. Toullier VI. — 16; Pardessus No. 184 und 295; Duranton XVI. — 50; Troplong 140 ff.; Duvergier 135 ff.; Zachariä §. 349 Not. 25.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 26.

I.

Von der Gewährleistung.

(Aus Marcadé: Explication du Code civil.)

Der Verkäufer ist gehalten seinen Käufer in folgenden Fällen Gewähr zu leisten (d. h. ihn zu schützen und zu vertheidigen, oder ihn eintretenden Falls zu entschädigen):

1) Bei jeder Art von Entwährung, d. h. bei Allem, was dem vollen und ungehinderten Besitze der verkauften Sache in den Weg treten mag;

2) bei verborgenen Mängeln, welche den Gebrauch dieser Sache verhindern, oder ihn beträchtlich verhindern, und die, weil sie den Käufer ermächtigen den Vertrag aufzuheben (redhibere), redhibitorische Mängel heißen.

1. Von der Gewährleistung im Falle einer Entwährung.

§. 1.

Unter Entwährung versteht man die Beraubung, welche ein Käufer bezüglich des Ganzen oder eines Theils dessen, was in Folge des Kaufs auf ihn übergehen sollte (einerlei ob durch einen Angriff oder einen passiven Widerstand eines Dritten) erleidet. Die theilweise Entwährung kann auf zweierlei Arten vor sich gehen: 1) durch die vollständige Entziehung eines Theils der Sache; 2) durch die Beschränkung, welche dem Rechte, das übertragen werden mußte, entweder durch das Dasein von Dienstbarkeits-, Unterpfands-, oder sonstigen Lasten, oder durch das Nichtdasein von Dienstbarkeitsrechten, die der Verkäufer zugesagt, widerfährt.

Die Entwährung begründet nur dann einen Gewährleistungsanspruch, wenn sie aus einem Rechte entspringt, dessen Bestand älter ist, als der Kauf, oder dessen Entstehung (wenn sie dem Kaufe nachfolgt), dem Käufer zuzurechnen ist. Demnach ist die Gewährleistungspflicht vorhanden, wenn der Käufer durch das Uebergebot, welches ein Unterpfandsgläubiger einlegt, entwährt wird, weil dieses Uebergebot aus einem dem Kaufe vorgehenden Rechte entspringt. Umgekehrt würde sie nicht eintreten, wenn die Entwährung entspränge: sei es aus einem (späteren) Rechte, dessen Bestande der Verkaufer fremd ist, sei es aus einer Handlung des Staatsoberhauptes, oder in jedem anderen Falle höherer Gewalt [1]); sofern übrigens diese Gewalthandlung nicht gerade auf das Andringen des Verkäufers eingetreten ist. Tritt dies aber auch im Falle einer Verjährung ein, welche schon vor dem Kaufe begonnen hat und erst später vollendet wird? Die Einen wollen dies zulassen, indem sie sich darauf stützen, daß das Recht hierbei im Keime vor dem Kaufe vorhanden war; die Anderen sagen nein, weil die Verjährung nur in ihrer Vollendung ein Recht sei, somit hier die Entstehung dieses Rechtes später falle, als der Kauf . . . Diese beiden Ansichten sind falsch, die eine wie die andere. Allerdings muß man die Entstehung des Rechtes ins Auge fassen, und die Entstehung ist hier später als der Kaufsabschluß, man muß aber auch darauf sehen, ob diese spätere Entstehung nicht dem Verkäufer zuzurechnen ist, und man könnte es sicher nicht in Abrede stellen, daß dem also sei, wenn die Verjährung z. B. länger als 29 Jahre

---

[1]) Anders verhält es sich mit der Handlung eines Richters, was auch, dem römischen Rechte folgend, Pothier darüber gesagt haben mag. Daraus, daß eine entschiedene Sache immer wahr ist (in gesetzlicher Hinsicht, so falsch sie in der Wirklichkeit auch sein mag), folgt, daß es, wenn auch mit Unrecht entschieden worden ist, das betreffende Gut gehöre dem Verkäufer nicht, rechtlich wahr wird, daß dieses Gut nicht auf den Käufer übertragen worden ist, und die Gewährleistungspflicht muß somit eintreten.

gegen ihn und nur einige Monate gegen den Käufer ließ, der nicht einmal Kunde von derselben hatte! Bei dieser Frage wird es also auf eine Prüfung der Umstände hinaus laufen.

§. 2.

Tritt die Gewährleistung auch bei Zwangsversteigerungen, wie bei freiwilligen Verkäufen ein? Die Einen lassen sie zu und gewähren sie sowohl dem Eigenthümer gegenüber, gegen den der Zugriff erwirkt wurde, als gegenüber dem Gläubiger, der den Zugriff erwirkt hat; Andere versagen sie gegen den Einen wie gegen den Andern . . . . Beider Seits ist man hier im Irrthume. Wenn einer Seits der der Zwangsveräußerung unterliegende Schuldner allerdings kein Verkäufer im vollen und gewöhnlichen Sinne des Wortes ist, so ist er es doch in dem Sinne, mit welchem wir es hier zu schaffen haben. Wir haben hier einen Besitzer, der, indem er sich als Eigenthümer der Sachen darstellt, die man mit seinem Wissen als ihm gehörig verkauft, sich den nemlichen Vortheil verschafft und dem Käufer den nemlichen Nachtheil verursacht, als wenn er selbst verkaufen würde. Der betreibende Gläubiger dagegen ist durchaus kein Verkäufer; nicht er verkauft, sondern das Gericht verkauft für Rechnung und als gesetzlicher Gewalthaber des Schuldners. Wenn der Betreibende auch nicht als Verkäufer auf Gewährleistung belangt werden kann, so ist es doch klar, daß er nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für die Fehler verantwortlich ist, welche er etwa bei Leitung der Betreibung sich zu Schulden kommen ließ; und ihrer Seits könnten die verwiesenen Gläubiger von dem entwährten Steigerer, sofern er ihnen seinen Kaufpreis bezahlt hat, mit der Rückforderungsklage belangt werden.

Es liegt das auf der Hand, weil das Gesetzbuch das Rückforderungsrecht selbst da gestattet, wo die Summe wirklich geschuldet wurde, wenn der, welcher bezahlt hat, nicht der Schuldner war, und weil der Steigerer dadurch, daß der Zuschlag wieder aufgehoben wird, eben gerade in die Lage kömmt, nicht Schuldner des Preises gewesen zu sein.

Eben so gewiß ist, daß die Gewährleistung nicht allein von dem Käufer selbst, sondern auch von seinen Rechtsfolgern jeder Art, die eben eine Entwährung erleiden, gefordert werden kann.

Richtig ist, daß Pothier dieses Recht dem Geschenknehmer des Käufers versagte, und daß noch unter der Herrschaft unseres Gesetzbuchs eine gewichtige Stimme eine mit dem Grundsatze, der für diese Frage entscheidend ist, unvereinbare und widersprechende Ansicht aufstellte. Die Beantwortung kann aber trotz dem nicht zweifelhaft sein. Allerdings hat ein Geschenknehmer (im Allgemeinen) seinem Geschenkgeber gegenüber kein Recht auf Gewährleistung; darin liegt aber kein Grund, daß er auch gegenüber dem Verkäufer dieses Geschenkgebers ein solches Recht nicht haben sollte. Jeder Veräußerer überträgt, vorbehaltlich entgegengesetzter Bestimmung, auf seinen Erwerber alle die Rechte und Klagen, die ihm bezüglich des veräußerten Gutes zustehen; folglich überträgt auch die Schenkung auf den Geschenknehmer die Gewährleistungsklage, welche der Geschenkgeber dem Verkäufer gegenüber hatte.

Hiernach ist es begründet, wenn der Gerichtsgebrauch in gleicher Weise entscheidet, wie denn auch Domat früher schon eben so entschieden hat.

§. 3.

Die Betheiligten können die gesetzliche Verbindlichkeit zur Gewährleistung nach Belieben beschränken oder erweitern. Sie können sie erweitern und z. B. bedingen, daß sie sogar bei Handlungen des Staatsherrschers oder anderen Fällen höherer Gewalt eintreten solle; nun ist begreiflicher Weise ein so außerordentlicher Schluß nur dann zulässig, wenn der Wille der Vertragspersonen ganz klar ausgedrückt ist.

Diese erweiterte Gewährleistung, die sich aus dem Vertrage ergibt, heißt zuweilen die thatsächliche Gewährleistung, im Gegensatze zu derjenigen, welche aus den Bestimmungen des Gesetzes selbst entspringt, und die den Namen rechtliche Gewährleistung führt. Umgekehrt kann man den Umfang der Verbindlichkeit beschränken oder sogar ganz aufheben; jedoch mit einer besonderen Bestimmung für die dem Verkäufer persönlich eigenen Handlungen. Wo Handlungen in Frage stehen, die dem Vertrage vorangingen, da steht, begreiflicher Weise Nichts im Wege, bezüglich derselben die Nichtgewährleistung zu bedingen, vorausgesetzt, daß sie dem Käufer getreulich angegeben wurden; und wenn demnach eine allgemeine Erlassung dabei ungenügend ist, so hätte dagegen die besondere Erlassung, welche diese Handlung genau angeben würde, volle Wirksamkeit. Was aber noch künftige Handlungen betrifft, so läßt es die Redlichkeit nicht zu den Verkäufer je davon frei zu sprechen. —

Demnach kann man sagen, daß die Gewährleistung im Allgemeinen nur der Natur des Kaufvertrags eigen ist, und daß sie zu dessen Wesen nur bezüglich der dem Verkäufer persönlich eigenen Handlungen gehört, die dem Vertragsabschlusse nachfolgen, oder ihm zwar vorangehen, aber nicht speciell in demselben aufgeführt sind.

§. 4.

Die Gewährleistungsschuldigkeit kann entweder für die Entschädigung allein, oder für diese und den Ersatz des Preises zugleich wegfallen.

Der Verkäufer ist der Entschädigung entladen, während er jedoch Schuldner des Preises bleibt: 1) wenn die Nichtgewährleistung ausbedungen ist; 2) wenn da, wo die Kaufsakte in dieser Beziehung Nichts sagt, der Käufer die Gefahr der Entwährung kannte: wenn aber der Käufer in diesem Falle, wo er die Kenntniß erlangt hatte, sich die Gewährleistung ausbedungen hat, dann bleibt die Entschädigungsschuldigkeit. Es macht übrigens keinen Unterschied ob der Käufer diese Kenntniß durch eine ausdrückliche Erklärung des Schuldners, oder sonst wie erlangt hat; und die Unterscheidungen, welche mehrere Schriftsteller (die überdies unter sich nicht einig sind) in dieser Beziehung zwischen Unterpfands- und anderen Lasten, oder zwischen den und den Unterpfandslasten und jenen anderen machen wollen, müssen im Hinblicke auf die absolute Gesetzesbestimmung verworfen werden. So ist ihnen auch in der That vom Gerichtsgebrauche geschehen.

Der Verkäufer ist in vier Fallen frei von Entschädigung und dem Rückersatze des Kaufpreises: 1) wenn die zwei oben angegebenen Umstände vereinigt sind, d. h. wenn zu gleicher Zeit die Nichtgewährleistung ausbedungen ist und der Käufer, zur Zeit des Kaufabschlusses, die Entwährungsgefahr kennt; 2) wenn der Kauf auf Wagniß und Gefahr des Käufers geschlossen worden ist, ohne daß es hierbei darauf ankäme, ob ein Geding der Nichtgewährleistung in der Akte enthalten ist oder nicht; 3) wenn die Entwährung durch das Verschulden des Käufers, oder wenigstens durch dessen eigene Handlung herbeigeführt worden ist; wenn er sich z. B. verurtheilen ließ, ohne seinen Verkäufer zum Streite beizuladen und dieser den Nachweis liefert, daß er die Entwährung verhindert hätte; 4) endlich wenn das Zurückbehalten des Preises bedungen worden ist; wie wenn z. B. gesagt wurde: der Kauf ist abgeschlossen ohne Gewährleistung und ohne Rückerstattung der Kaufsumme. Was die Ansicht, welche zwei Urtheilen zum Grunde liegt, anbelangt, daß eine Erlassung der Gewähr kraft Gesetzes schon dann vorhanden sei, wenn die Entwährung nicht ein Zwanzigstel der Sache wegnehme, so ist solche ohne alle Grundlage, und der höchste Gerichtshof hat sie mit Recht verworfen.

§. 5.

Von selbst versteht sich der Satz, daß derjenige, welcher für die Entwährung Gewähr leisten muß, nicht selbst entwähren kann; und folglich genießt der Käufer einer Einrede der Gewährleistung gegen seinen Verkäufer, dessen Bürgen und gegen alle Universalsuccessoren des Einen wie des Andern.

Wenn also der Eigenthümer einer a non domino verkauften Sache Erbe des Verkäufers oder dessen Universalvermächtniß- oder Universalgeschenknehmer wird, so kann er nicht mehr entwähren. Zwar stimmen mehrere Schriftsteller dieser Ansicht bezüglich aller Erben oder Universalvermächtnißnehmer und auch der Geschenknehmer gegenwärtiger und künftiger Güter bei, während sie solche bezüglich des Geschenknehmers gegenwärtiger Güter darum verwerfen, weil ihrer Meinung nach hier eine an sich universale Schenkung nur titolo particulari bestehe, da die Universalität streng genommen nur in dem liege, was das Künftige, wie das Gegenwärtige umfasse. Diese Ansicht ist jedoch unhaltbar. Allerdings ist eine derartige Schenkung nicht im absolutesten Sinne des Wortes eine universelle; sie ist es aber hinlänglich, um die fragliche Wirkung zu erzeugen. Der Grundsatz „universi patrimoni, non certarum rerum, aes alienum onus est" gilt eben so gut von dem gegenwärtigen Vermögen (bezüglich der gegenwärtigen Schulden), wie von dem gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen (bezüglich der gegenwärtigen und künftigen Schulden), weil es unmöglich ist, als eine Verfügung über spezielle und bestimmte Sache (certarum rerum) diejenige hinzustellen, welche im Klumpen alle Güter, Rechte und Klagen, die mir gehören, überträgt. Auch die Vorarbeiter zum Code haben sich für diesen, in den Urtheilen allenthalben ausgesprochenen Sinn erklärt. — Jedermann ist damit einverstanden, daß, in diesem Falle eines a non domino abgeschlossenen Verkaufs, der Umstand, daß der Eigenthümer ein Minderjähriger ist, dessen Vormund die Güter als seine eigenen verkauft hat, und der nachher Erbe dieses Vormunds wird, der Anwendung der vorliegenden Regel nicht im

Wege steht: das Gesetz macht bezüglich der Minderjährigen keinerlei Ausnahme von dem Grundsatze wer Gewährleisten muß, kann nicht entwähren. Zwei Schriftsteller lehren aber, daß es sich dann anders verhalte, wenn das Gut als ein Gut dieses Minderjährigen verkauft worden war, und der Verkauf nur wegen Mangels der vorgeschriebenen Förmlichkeiten nichtig ist; denn da, wie sie sagen, die Formmängel dem Käufer eben so gut zurechenbar sind, als dem Verkäufer, so kann Letzterer aus diesem Grunde nicht gewährleistungspflichtig sein. Das ist ein Irrthum, den der höchste Gerichtshof mit Recht für einen solchen erklärt hat. Denn der Umstand, daß bei beiden Theilen eine gleiche Nachlässigkeit vorliegt, könnte wohl die Folge haben, daß die Entwährung kein Recht auf Entschädigung gegen den Verkäufer gibt, niemals aber würde er die Gewährleistung bezüglich der Rückgabe des Kaufpreises aufheben; weil nun der Verkäufer noch Gewähr leisten muß, so kann er auch nicht entwähren und sein Rechtsfolger kann es eben so wenig . . . . Und wie könnte in der That mein Verkäufer sich auf eine Nachlässigkeit, die uns gemein ist, berufen, um mich des Guts zu berauben? wie könnte er mich aus dem Besitze treiben, er, der die Verbindlichkeit hat, meinen Besitz gegen Alle zu schützen? offenbar kann er es nicht, und mithin sein Erbe eben so wenig.

Derjenige, welcher als Bürge des Verkäufers eingetreten ist (und welcher also vorkommenden Falls Gewähr leisten muß) kann niemals entwähren, und seine Erben können es also ebensowenig als er. Es ist zwar richtig, daß ein gelehrter Professor das Gegentheil lehrt; das ist aber offenbare Ketzerei. Leer ist seine Behauptung, daß die Gewährleistungsschuldigkeit sich auf Entschädigungen beschränke, und daß darum der Erbe des Bürgen, wenn er diese Entschädigung zahle, entwähren könne; denn diese Schuldigkeit hat im Gegentheile vor Allem den freien Besitz der Sache zum Gegenstande und sie löset sich nur in dem Falle in eine Entschädigung auf, wo es unmöglich ist, den Besitz zu verschaffen. Und wem könnte es entgehen, daß, wenn diese Ansicht des gelehrten Professors richtig wäre, sie nicht allein auf den Erben des Bürgen, sondern auch auf diesen Bürgen, wie auch auf den Erben des Verkäufers und den Verkäufer selbst ihre Anwendung finden müßte, und mithin die Regel: quem de evictione etc. umstoßen würde.

§. 6.

Außerordentlich bestritten ist die Frage, ob die Klage und Einrede der Gewährleistung theilbar sind oder nicht. Was die Klage betrifft, so gesteht Jedermann, abgesehen von einem Wortstreite, der sich für gewiegte Männer wenig ziemt, in der Hauptsache zu, daß sie in abstracto und an und für sich untheilbar, dagegen praktisch und in ihrem Vollzuge theilbar ist; bezüglich der Einrede aber ist der Streit eben so ernst, als lebhaft und alt, und die Ansicht, die sich für die Untheilbarkeit ausspricht, als welche heut zu Tage noch einen constanten Gerichtsgebrauch für sich hat, wird von einem gewissen Ausleger des Gesetzbuchs als widersinnig, und wurde von Dumoulin als albern und dumm hingestellt! . . . Trotzdem stehen wir keinen Augenblick an, sie die allein richtige, und die Urtheile, die so entschieden, die allein gerechtfertigten zu nennen.

Bezüglich der Klage haben sich alle Schriftsteller mit Grund für die Meinung entschieden, daß, da sie den freien Besitz der Sache durch den Käufer, die Vertheidigung dieses Käufers gegen alle Störungen und Hindernisse, zum unmittelbaren Gegenstand hat, sie der Regel nach untheilbar ist, weil man den Erben eines Drittels oder Viertels nicht auffordern kann, den dritten oder vierten Theil eines Rechtsstreites auf sich zu nehmen, den dritten oder vierten Theil eines Titels vorzulegen. Wenn man aber von der Regel zu deren Anwendung übergeht, so steht es einerseits in der Macht des belangten Erben, den Käufer nicht zu vertheidigen, und so die Verbindlichkeit (durch das Zustandekommen der Entwährung) sich in eine einfache und vollkommen theilbare Geldschuld umgestalten zu lassen, und da auf der anderen Seite das gegen diesen Erben ergehende Urtheil den anderen Erben nicht entgegen gehalten werden könnte, so muß der Käufer Sorge tragen, alle Erben in den Streit zu ziehen, wie es auch im Falle einer Theilbarkeit wäre. Dies entkräftet, wie wir sehen, die Kritik, die gegen den höchsten Gerichtshof gerichtet wurde, weil er gesagt hatte (indem er sich weniger mit bloßen Begriffen, als mit der Wirklichkeit der Dinge befaßte), die Gewährleistungsklage sei theilbar: in ihren Ergebnissen und in der Praxis ist sie es wirklich.

Anders verhält es sich mit der Einrede. Rechtlich aus dem nemlichen Grunde untheilbar wie die Klage, weil sie die nemliche Gewährleistungsschuldigkeit zur Grundlage hat, ist sie es thatsächlich eben so, weil die

Umstände, unter welchen sie auftritt, es gestatten, ihr in der Anwendung alle ihre Wirksamkeit zu geben. Es ist unglaublich, daß gerade diejenigen sich für die Untheilbarkeit in dem Falle entscheiden, wo sie keine Wirkung hervorbringen kann, d. h. im Falle der Klage, welche sie in dem einzigen Falle in Abrede stellen, wo sie wirksam wäre, d. h. im Falle der Einrede, und zwar auf zwei Gründe gestützt, die so sonderbar sind, als die Lösung selbst. Der erste wird daraus abgeleitet, daß die Verbindlichkeit zu übergeben theilbar sei; nun handelt es sich aber nicht um die Verbindlichkeit zu übergeben, sondern um die Verbindlichkeit Gewähr zu leisten, und gerade die nemlichen Anhänger dieser falschen Ansicht lehren uns, daß „obgleich die erste theilbar ist, die zweite dennoch untheilbar sei." Der zweite Grund besteht darin, daß wenn die Verbindlichkeit den Käufer zu schützen und zu vertheidigen einerseits untheilbar ist, so ist sie es auf der anderen Seite nicht so absolut, daß der Erbe des Verkäufers sie nicht zuweilen in eine Geldschuld umwandeln könnte, bei der er nur noch seinen Theil schuldig wäre; wie wenn dieses sonderbare Argument nicht von vorn herein durch den Satz (welchen die Gegner für den Fall der Klage aufstellen) seine Widerlegung fände: daß diese Möglichkeit nur eine materielle Thatsache und kein Recht ist, eine materielle Thatsache, welche ja gerade im Falle der Einrede nicht mehr vorliegt! Unbegreiflich! gerade da, wo die Möglichkeit, eine untheilbare Verbindlichkeit in eine theilbare Schuld umzuwandeln nicht vorliegt (der Fall der Einrede), bekennen sich die Anhänger von Dumoulin zur Theilbarkeit; sie, die nemlichen, welche, wenn diese Möglichkeit da ist (im Falle der Klage), trotzdem für die Untheilbarkeit stimmen.

In zwei Worten, die Gewährleistungsschuldigkeit der mancherlei Rechtsfolger eines Verkäufers ist ihrer Natur nach und so lange untheilbar, als sie sich nicht in eine einfache Geldschuld umwandelt. Da nun die Möglichkeit, deren Umwandlung zu bewirken, bei diesen Nachfolgern im Falle einer Gewährleistungsklage immer vorhanden ist, so wird diese Gewährleistungsklage, so untheilbar sie im Prinzipe ist, thatsächlich theilbar; da aber diese Möglichkeit im Falle einer Einrede nicht mehr vorliegt, so bleibt diese Einrede folglich thatsächlich, wie rechtlich untheilbar. Es ist also wohlbegründet, wenn ein constanter Gerichtsgebrauch so entscheidet.

§. 7.

Wenn eine Entwährung eintritt und die gesetzliche Verbindlichkeit zur Gewährleistung ist in Nichts modificirt, so ist der Verkäufer gehalten, den Kaufpreis zurückzugeben und Entschädigung zu zahlen. Wir unterscheiden Preis und Entschädigung; denn, wenn es auch wahr ist, daß dieser letztere Ausdruck (trotz der abweichenden Ausdrucksweise des Code) die Vergütung des Aufwands wegen der Entwährung, der Kosten des Vertrags u. s. w. in sich schließt, so umfaßt er doch nicht auch den Kaufpreis, obgleich zuweilen das Gegentheil gesagt worden ist. Der Käufer fordert diesen Preis nicht als Vergütung eines erlittenen Schadens, sondern weil er zur Ungebühr bezahlt hat, und seine Klage ist mithin eine einfache condictio indebiti. Der Preis muß auch immer in seinem ganzen Betrage ersetzt werden, mag auch das Gut zur Zeit der Entwährung einen geringeren Werth haben, sei es durch das allgemeine Sinken der Güter der gleichen Art, sei es in Folge zufälliger Ereignisse, sogar der eigenen Nachlässigkeit des Käufers: da sich dieser für den Eigenthümer der Sache hielt, so konnte er sie vernachlässigen, ohne Jemanden deßhalb zur Rechenschaft verbunden zu sein, und trotz seiner Nachlässigkeit hat er den Kaufpreis zur Ungebühr bezahlt (während er, wenn es sich um Entschädigung handeln würde, nur das Aequivalent von dem verlangen könnte, was er verliert). Und obgleich Pothier früher das Gegentheil lehrte, so bleibt diese Schuldigkeit des ganzen Betrags des Preises auch dann noch bestehen, wenn ein Theil dieser Sache zu Grunde gegangen ist, weil diese Art von Verlust gewiß nicht nachtheiliger ist, als die durch Nachlässigkeit des Käufers, welche das Gesetzbuch ausdrücklich zuläßt. — Wenn aber das Gut einer Seits in niederen, ander Seits in höheren Werth kommt, so kann der Käufer nicht auch noch, indem er den ganzen Betrag des Preises trotz der Werthsverminderung erhält, Entschädigung für die Werthserhöhung verlangen, weil diese Entschädigung nur für das gefordert werden kann, was die Sache über den Kaufpreis gilt, und hier die Sache durch diese Erhöhung des Werthes nur das erstattet, was die anderseitige Verminderung ihr entzieht.

Uebrigens kann der Käufer niemals (und es ist unbegreiflich, wie Pothier das Gegentheil sagen konnte), selbst dann nicht, wenn er sich an einen, dem seinigen vorgehenden, Verkäufer hält, der theuerer verkaufte, einen höheren Preis zurückfordern, als der ist, den er bezahlt

hat, und noch viel weniger mehrere Preise ansprechen. Man kann nicht, wie es ein neuerer Schriftsteller macht (der in dieser Beziehung in einen dem Irrthume Pothier's entgegengesetzten fällt und sich auch noch in einen schreienden Widerspruch verwickelt, weil er anderwärts den in der That unbestreitbaren Grundsatz, den er hier verwirft, annimmt), in Abrede stellen, daß ein Verkäufer alle Klagen, die ihm in Bezug auf die verkaufte Sache zustehen, auf seinen Käufer überträgt; aber klar ist es, daß diese Uebertragung nur als Anhängsel der Gewährleistung, welche diesem Verkäufer selbst obliegt, vor sich geht: es kann nie vorkommen, daß man sich die Rückzahlung dessen gewähren läßt, was man nicht ausgegeben hat. — Der Käufer hat also immer ein Recht auf seinen ganzen Preis, aber auch nur auf diesen Preis [2]); und ebenso wie er alle Summen zurückfordern kann, die er unter dem Namen von Trinkgeld, Reukauf u. s. w. bezahlt hat, weil sie ein Theil des Preises sind, ebenso kann der Verkäufer von seiner Ersatzsumme alle die Beträge abziehen, welche jenem aus irgend einem Grunde schon rückerstattet sind.

Die Entschädigung umfaßt alle die Ersatzgegenstände, welche nicht zum Kaufpreise gehören, nemlich: 1) die Verwendungen, welche der Verkäufer auf das Gut etwa gemacht hat; 2) die Differenz, welche etwa zwischen dem Kaufpreise und dem höheren Werthe der Sache zur Zeit der Entwährung, besteht. — Bei den Verwendungen unterscheidet man nothwendige, nützliche und angenehme. Die ersteren müssen selbst dann ersetzt werden, wenn daraus auch gar kein Mehrwerth entstanden ist; bei den zweiten schuldet der Verkäufer nur den Mehrwerth, weil nur bezüglich dieses die Entwährung den Käufer in Verlust bringt; die letzteren lassen nur dann eine Vergütung zu, wenn der Verkäufer zur Zeit des Vertragsabschlusses den Entwährungsgrund kannte. — Bezüglich der Differenz zwischen dem Preise und dem gegenwärtigen und höheren Werthe, muß man mit Pothier und Dumoulin sagen, daß, wenn es sich um einen übermäßigen Mehrwerth handelt, der von außergewöhnlichen Ereignissen, die nicht vorhergesehen werden konnten, herrührt, der Verkäufer keine volle Schadloshandlung schuldet, sofern er nicht in bösem Glauben verkauft hat. Da diese Entscheidung den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entspricht, so könnte man sie nur durch eine förmliche Einrede widerlegen, und diese Einrede gibt es nicht.

§. 8.

Im vorhergehenden Paragraphen war eine gänzliche Entwährung unterstellt. Hier ist die Rede von einer theilweisen Entwährung, die, wie wir wissen, auf verschiedene Arten vor sich gehen kann.

Zunächst liegt sie vor, wenn dem Käufer ein Theil der Sache entwährt wird; und man muß alsdann unterscheiden, ob dieser Theil von der Bedeutung ist oder nicht, daß man glauben kann, ohne ihn würde der Verkauf nicht geschlossen worden sein. Würde dieser Kauf dennoch eingetreten sein, dann hat der Käufer nur ein Recht (abgesehen von anderen Entschädigungsansprüchen) auf eine Vergütung, welche dem wirklichen Werthe dessen gleichkömmt, was ihm entwährt worden ist. Im entgegengesetzten Falle hat er die Wahl, diese gleiche Vergütung zu nehmen, oder vom Vertrage abzutreten, um sich den Preis, gegen Rückgabe des Restes der Sache, ersetzen zu lassen. Da das Gesetz keinen Unterschied macht, so findet diese Regel auf die Entwährung eines unabgetheilten Theils, wie auf jede andere ihre Anwendung.

Es wird allgemein anerkannt, daß man unter diesen Fall der Entwährung, die nur einen Theil der Sache betrifft, auch den nehmen muß, wo die Sache nur in einer Reihenfolge von Genüssen oder Leistungen besteht (Nutznießung, Leibrente), und die Entwährung erst lange nach dem Verkaufe eintritt. Gilt aber auch das Gleiche bei Verkäufen von Thieren? Die Frage ist sehr bestritten; sie muß aber wohl bejahend entschieden werden. Man kauft kein Pferd um es für immer zu behalten, wie ein Landgut: was der Käufer hier erlangen will, ist nicht das Pferd an sich, sondern d i e D i e n s t e, die es ihm während fünfzehn bis zwanzig Jahren leisten kann, und man sagt daher ganz richtig, daß, wenn man ihm das Pferd nimmt, nachdem er die Hälfte oder zwei Drittheile dieser Dienste genossen hat, nur eine theilweise Entwährung erleidet.

Auch eine theilweise, der oben angegebenen alternativen Regel unterworfene, Entwährung ist die, welche aus dem Vorhandensein verborgener Dienstbarkeiten oder anderen geheimen Lasten, welche der Verkäufer nicht ange-

---

[2]) Es ist hier nur von dem Preise die Rede; denn es versteht sich von selbst, daß außer diesem Preise noch die Entschädigung in Frage bleibt, in Folge deren der Erwerber das fordern darf, was er nicht ausgegeben hat. Auf diesen Titel der Entschädigung hin kann namentlich ein Geschenknehmer, von dem Verkäufer seines Geschenkgebers, den von diesem bezahlten Preis fordern.

zeigt hat, oder aus dem Nichtvorhandensein von Dienstbarkeitsrechten, die zugesagt worden waren, entspringt. War im ersten Falle die Dienstbarkeit eine offene, so kann sich der Käufer nicht beklagen, weil er sie sehen konnte und sehen mußte. — Es versteht sich übrigens von selbst, daß hier wie überall die gesetzliche Regel durch ein besonderes Geding der Parteien modificirt und mehr oder weniger streng gemacht werden kann. Ebenso selbstverständlich ist, daß die in diesem Paragraphen erläuterten Bestimmungen aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Titels von den Verbindlichkeiten ergänzt werden müssen.

II. Von der Gewährleistung wegen verborgener Mängel.

§. 9.

Wenn die verkaufte Sache zur Zeit des Kaufs mit verborgenen und dem Käufer unbekannten Mängeln behaftet ist, die den Gebrauch, zu welchem die Sache bestimmt ist, hindern oder wesentlich schmälern, dann kann der Käufer den Vertrag aufheben lassen, und daraus ist für diese Fehler der Name redhibitorische Mängel entstanden. Wir sagen, daß diese Mängel zugleich verborgen und dem Käufer unbekannt sein müssen; denn eine Gewährleistung könnte nicht mehr eintreten, wenn derselbe beim Kaufe deren Grund kannte, oder wenn es sich um offene Mängel handelt, die er durch Besichtigung der Sache hätte entdecken können. In dieser letzteren Beziehung verhält es sich nur mit den Waaren anders, welche man nicht bei dem Kaufmann zu prüfen pflegt: eine constante Handelsübung läßt hier den Handelsmann als stillschweigend Gewähr dafür leistend erscheinen, daß die Sache in gutem Stande und derartig sei, wie sie gewöhnlich verkauft wird. Abgesehen aber von dieser Ausnahme, darf der Käufer die Mängel nicht haben bemerken können. Was den Verkäufer betrifft, so ist es einerlei, ob er die Fehler gekannt hat oder nicht; nur gestattet ihm die Unkenntniß, in der er sich in dieser Beziehung befindet, sich durch ein ausdrückliches Geding frei zu machen. — Diese Gewährleistungspflicht tritt bei jeder Art von Sachen ein, so gut bei Liegenschaften wie bei Fahrnissen. Sie tritt aber bei gerichtlich verordneten Käufen nicht ein.

Das Gesetz hatte für keinen Fall die Frist bestimmt, in welcher der Käufer die Klage anstellen muß, es begnügt sich auf den Ortsgebrauch zu verweisen. Das Gesetz vom 20. Mai 1838 hat diesem Stande der Dinge bei Käufen über solche Sachen ein Ende gemacht, welche diese Klage am häufigsten veranlassen, nemlich bei solchen über Hausthiere; und man hat sich nur noch bei den anderen Käufen hierbei auch fernerhin an den Ortsgebrauch zu halten oder, in Ermangelung eines solchen, an eine sehr kurze Frist, deren Bestimmung das Gesetz den Gerichten überläßt. Das Gesetz vom Jahr 1838 bestimmt ferner mit Sorgfalt die einzelnen Fälle, welche jetzt die redhibitorische Klage bei den verschiedenen Thiergattungen zuläßig machen; und um den früher sehr häufigen Betrügereien vorzubeugen, nimmt es den Käufern die Wahl (welche ihnen bei anderen, als den Käufen über Hausthiere immer zusteht) zwischen der Aufhebung des Vertrags und der blosen Preisminderung: nur jene allein kann künftighin geltend gemacht werden. — In allen diesen Fällen muß der Verkäufer, wenn die Aufhebung eintritt, außer dem Kaufpreise auch noch die, durch diesen Kauf veranlaßten, Kosten ersetzen und weiter, wenn ihm die Mängel bekannt waren, Entschädigung bezahlen. —

Die Verantwortlichkeit des Verkäufers fällt, außer den beiden Fällen, wo die Nichtgewährleistung, von dem mit dem Fehler unbekannten Verkäufer, ausbedungen wurde, und wo der Käufer zur Zeit des Kaufs diesen Mangel kannte, ferner weg; 3) wenn die Sache durch Zufall zu Grunde gegangen ist; 4) wenn sie durch Verschulden des Käufers zu Grunde ging; 5) endlich in den Fällen des Rotzes, Wurms und der Schafpocken, wenn der Verkäufer beweiset, daß das Thier seit der Uebergabe mit anderen, von dieser Krankheit angesteckten Thieren in Berührung gebracht worden ist. —

Im Falle widersprochen wird, daß der Fehler zur Zeit des Kaufs schon vorhanden war, oder daß, wenn die Sache zu Grunde ging, sie in Folge dieses Fehlers zu Grunde ging, steht dem Käufer keinerlei Vermuthung zur Seite und er muß deßhalb den Beweis seiner Behauptung liefern.

A. Pfaff.

II.

Ist der Massepfleger schon durch den Vertheilungsbescheid, wodurch er angewiesen wird, die den Gantgläubigern zuerkannten Forderungen zu berichtigen, zur Zahlung verpflichtet, oder bedarf es, um ihn auf Zahlung zu belangen, der wei-

teren Behauptung, daß die Forderungen der Masse eingegangen seien, oder der Massepfleger sie einzuziehen versäumt habe?

Pr.O. §. 890. 897.

Die Stiftungsverwaltung Ettlingen hatte eine liquide Forderung von 875 fl. an Peter Köhler. Dessen Ehefrau hatte sich für diese Schuld ihres Mannes sammtverbindlich erklärt. Köhler gerieth in Gant. Die Stiftungsverwaltung meldete ihre Forderung an, fiel aber wegen Mangels an Massevermögen durch. Auch die Ehefrau Köhler's meldete eine Forderung an, welche mit dem geltend gemachten Unterpfandsrechte anerkannt wurde. Zur Deckung dieser Forderung reichte das Massevermögen hin. Die Stiftungsverwaltung erwirkte nun schleunig einen unbedingten Befehl gegen die Köhler'sche Ehefrau und behufs der Hilfsvollstreckung Beschlag und Einweisung in das Guthaben derselben an die Gantmasse ihres Ehemannes.

Im Vertheilungsbescheide, der auch dem Massepfleger verkündet worden war, wurde derselbe angewiesen, der Köhler'schen Ehefrau (jetzt der Stiftungsverwaltung Ettlingen) zu zahlen sogleich 10 fl. 36 kr., auf Martini 1851 283 fl. und auf Martini 1852 285 fl. Auf den Grund dieser Thatsachen wurde der Massepfleger von der Stiftungsverwaltung belangt, und das mittelrheinische Hofgericht hielt diese Klage für begründet, und verurtheilte den Beklagten zur Zahlung. Denn wenn es auch richtig ist, was die rechtliche Begründung der vorliegenden Klage betrifft, sagen die Entscheidungsgründe zu dem hofgerichtlichen Urtheile, daß die Pflichten des Gantmassepflegers im Allgemeinen sich nach in den L.R.S. 1991 und ff. aufgezählten gesetzlichen Regeln richten, wornach der Beklagte nur dann, wenn er die auf Martini 1851 und 1852 erst verfallenden Güterkaufschillinge eingezogen hatte, oder wenn sie durch seine Schuld verloren gingen, deren Verlust zu ersetzen hätte, Selbstschuldner dafür geworden wäre, so sind diese für den Auftragsvertrag geltenden gesetzlichen Regeln doch nur unter der Voraussetzung entscheidend, daß nicht durch ein specielles Gesetz bezüglich auf die hier in Frage liegenden Verhältnisse eines Gantmassepflegers etwas Anderes bestimmt ist.

Eine solche, offenbar im Interesse der betheiligten Gantgläubiger eingeführte gesetzliche Bestimmung enthält aber unsere bürgliche Pr.O. in dem hierüber maaßgebenden §. 897, worin verordnet ist, daß in der zur Verkündung des Vertheilungsbescheides angeordneten Tagfahrt, wozu nach §. 890 auch der Massepfleger vorzuladen ist, alle erschienenen Gläubiger in der Art befriedigt werden sollen, daß er diejenigen, die an ihn angewiesen sind, den für sie berechneten Betrag ihrer Forderungen gegen Quittung auszahlt, und denjenigen, die etwa an andere Personen angewiesen sind, ihre Anweisung gegen Bescheinigung zustellt. Daraus folgt, weil es sonst rein in das Belieben des Massepflegers gestellt wäre, wenn er in Folge einer solchen Anweisung an den auf ihn angewiesenen Gläubiger nicht auch zahlen müßte, mit Nothwendigkeit, daß eine solche Anweisung für den angewiesenen Gläubiger auch einen giltigen und klagbaren Rechtstitel gegen den Massepfleger bildet, und daß derselbe sich, wie übrigens der Beklagte im vorliegenden Falle nicht einmal gethan hat, nicht mit der Einrede schützen kann, daß die auf ihn zur Zahlung verwiesenen Gelder noch nicht eingegangen seien."

Ist der Massepfleger, der nach §. 890 Pr.O. ebenfalls zur Eröffnung des Vertheilungsbescheides vorgeladen wird, mit einer solchen Zahlungsanweisung auf ihn selbst nicht zufrieden, so mag er dagegen bei dem Gantrichter Einsprache erheben, und beantragen, daß der betreffende Gläubiger auf die noch ausstehenden Güterkaufschillinge verwiesen werde; hat er aber dieses nicht gethan, so ist er nach der angeführten Bestimmung der bürgerlichen Pr.O. auch schuldig, Zahlung zu leisten, mögen ihm die Gelder, aus deren er sie zu leisten beabsichtigte, eingegangen sein, oder nicht; und bleibt ihm, wenn er gezahlt hat, unbenommen, auf Grund des L.R.S. 1251 Abs. 3 gegen den dritten Schuldner zu seiner eigenen Befriedigung den Rückgriff zu nehmen." Olf.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 27.

I.

Wissentliches Ansichbringen und Wiederausgeben falschen Papiergeldes.

St.G.B. §. 526.

Wiederaufnahme des Verfahrens.

St.G.B. §. 8. Einf.-Ges. vom 5. Februar 1851 §§. 119—122.

Johann Baptist Buffa, welcher das Gemeindebürgerrecht in der Stadt Baden besitzt, auch früher daselbst einen Bilderhandel trieb, in den letzten Jahren aber in Mannheim wohnte, wurde am 20. Januar 1855 zu Marburg, da er im Verdachte stand, in dieser Stadt sieben falsche preußische Kassenanweisungen zu je einem Thaler ausgegeben zu haben, verhaftet. Als sofort nach dieser Verhaftung seine Kleider durchsucht wurden, fand man bei ihm fünf weitere falsche preußische Kassenanweisungen von gleichem Betrage. Diese waren im unteren Theile der Beinkleider verborgen. Buffa wurde in gerichtliche Untersuchung gezogen und, unerachtet er beharrlich behauptete, die von ihm ausgegebenen und bei ihm aufgefundenen falschen Kassenanweisungen als ächt erworben, und stets für ächt gehalten zu haben, durch Erkenntniß des churfürstl. hessischen Criminalgerichts zu Marburg vom 13. April 1855 des durch Verausgabung von sieben falschen preußschen Kassenanweisungen zu je einem Thaler verübten Betrugs für schuldig erklärt, und deßhalb zu dreimonatlicher Zwangsarbeitshausstrafe verurtheilt. Er ergriff gegen dieses Erkenntniß den Recurs an das churfürstl. hessische Obergericht zu Cassel. Dieser Gerichtshof bestätigte indessen am 21. Mai 1855 das Urtheil des ersten Rechtszuges, und bemerkte in seinen Entscheidungsgründen, daß sich Buffa um so weniger über die Größe der gegen ihn erkannten Strafe beschweren könne, als die ihm zur Last fallende Handlungsweise nach den strafrechtlichen Grundsätzen über Fälschung hätte beurtheilt werden sollen. Bemerkt muß werden, daß in Churhessen in den fraglichen Lehren das gemeine deutsche Strafrecht gilt.

Im Mai 1855 kam bei der Polizeibehörde zu Frankfurt a. M. zur Anzeige, daß um Mitte Januar desselben Jahres in der Wirthschaft des Bierbrauer Körber in Frankfurt a. M. eine Hutschachtel von einem Unbekannten abgegeben worden war, in welcher sich 356 falsche preußische Kassenanweisungen zu je einem Thaler befanden. Da die gedachte Polizeibehörde von der im Januar zu Marburg gegen Buffa erhobenen Anschuldigung Kenntniß erhalten hatte, so drängte sich alsbald die Vermuthung auf, daß Buffa jener Unbekannte, der die Hutschachtel bei Körber abgegeben, gewesen sein möge. Die Beschreibung, welche Körber's Sohn, dem die Hutschachtel übergeben worden war, und ein bei der Uebergabe zufällig anwesender Zeuge von der Persönlichkeit des Unbekannten machten, paßte völlig auf Buffa.

Beide erkannten, als Buffa ihnen vorgestellt wurde, in diesem fast mit Bestimmtheit den Uebergeber der Hutschachtel. Die in letztrer vorgefundenen Kassenanweisungen waren den von Buffa zu Marburg ausgegebenen und den ihm daselbst abgenommenen Kassenanweisungen sehr ähnlich. Einer von zwei kleinen Schlüsseln, welche man zu Marburg in Buffa's Besitz gefunden hatte, paßte vollkommen zu dem an der Hutschachtel angebrachten Schlosse. Die Polizeibehörde zu Frankfurt a. M. nahm, nachdem ihre Nachforschungen, ob Buffa etwa von den falschen Kassenanweisungen zu Frankfurt a. M. ausgegeben habe, erfolglos geblieben waren, von weiterer Verfolgung der durch die Auffindung der Hutschachtel gegen Buffa neuerdings zu Tage getretenen Anschuldigung Umgang, lieferte jedoch den letzteren an das großh. Bezirksamt Baden aus. Hier wurde nun die eben besprochene Anschuldigung wei-

ter verfolgt, zunächst aber ein Competenzconflikt mit dem großh. Stadtamte Mannheim um deßwillen erhoben, weil letzteres Gericht als der gemäß §. 13 der St.Pr.O. im vorliegenden Falle Platz greifende Gerichtsstand des Wohnsitzes erscheine. Der Competenzconflikt wurde von großh. Oberhofgerichte dahin entschieden, daß das Amt Baden als Gerichtsstand des Wohnsitzes sich darstelle und deßhalb die Untersuchung zu führen habe.

Im Laufe der Untersuchung, während deren übrigens Bussa die Uebergabe der Hutschachtel an Körber's Sohn beharrlich in Abrede stellte, ergaben sich noch weitere Belastungsmomente. Aus dem auf dem Passe Bussa's ersichtlichen Visa der Mannheimer Polizeibehörde in Verbindung mit Bussa's eigener Angabe, ergab sich, daß derselbe am 17. Januar 1855 Mannheim verlassen, sich mittelst Benützung der Main-Neckar-Eisenbahn zunächst nach Frankfurt a. M. begeben, und daselbst einige Zeit zugebracht hatte. Auf der Hutschachtel befand sich eine Nummer, wie solche auf der Main-Neckar-Eisenbahn dem Gepäcke der Reisenden aufgeklebt zu werden pflegen. Es zeigte sich, daß das am 17. Januar 1855 des Morgens zuerst als Passagiergut auf dem Mannheimer Bahnhofe zur Beförderung nach Frankfurt a. M. abgegebene Gepäckstück gerade mit der fraglichen Nummer bezeichnet worden war. In der Hutschachtel war neben den falschen Cassenanweisungen ein Hemd und eine Mütze aufbewahrt. Die letztere wurde von Zeugen fast mit Bestimmtheit als diejenige Mütze erkannt, die Bussa früher stets zu tragen pflegte. Die Cassenanweisungen waren in Zeitungsblätter verpackt, die zu Mannheim herausgekommen waren.

Bussa's Vertheidigungssystem war sehr verdächtig. Er behauptete, sich der Einzelheiten seiner Reise von Mannheim nach Marburg nur insoweit erinnern zu können, daß er sich kurze Zeit zu Frankfurt a. M. aufgehalten habe. An welchen Orten er in der Zeit vom 17. bis 20. Januar 1855 übernachtet habe, wollte er nicht mehr wissen. Darüber, zu welchem Behältnisse der bei ihm gefundene, zum Schlosse der Hutschachtel passende, Schlüssel bestimmt gewesen sei, konnte er sich nicht genügend ausweisen.

Der nach dem Schlusse der Untersuchung dem Angeschuldigten von großh. Hofgerichte des Mittelrheinkreises bestellte Vertheidiger sah — da es bei Lage der Sache wohl nicht als zweifelhaft erscheinen konnte, daß Bussa die fragliche Hutschachtel bei Körber abgegeben habe, und daß derselbe die in der Schachtel vorgefundenen falschen Kassenanweisungen in der Absicht an sich gebracht habe, sie als ächt wieder auszugeben — von Würdigung der Beweisfrage ab, machte dagegen zwei rechtliche Momente zu Gunsten seines Clienten geltend. Zuerst hob er hervor, daß die auf den Grund der Auffindung der Hutschachtel gegen Bussa zu Tage getretene neue Anschuldigung, falls man sie für erwiesen erachte, nur das im §. 526 des St.G.B. bedrohte Verbrechen in der niederen, im Schlußsatze des gedachten §. besprochenen, das Ansichbringen falschen Papiergeldes zum Zwecke betrüglicher Verausgabung umfassenden Stufe der Strafbarkeit zu begründen vermöge, während Bussa zu Marburg bereits wegen Verübung des im erwähnten §. bedrohten Verbrechens in der höheren Stufe der Strafbarkeit, nemlich wegen des im ersten Satze dieses §. besprochenen betrüglichen Ausgebens falschen Papiergeldes bestraft worden sei, daß bei dieser Sachlage die gedachte neue Anschuldigung ohne Verletzung des Grundsatzes: non bis in idem einer neuerlichen gerichtlichen Verfolgung nicht unterworfen werden könne, daß aber die Bedingungen einer Wiederaufnahme des früheren Verfahrens (St.G.B. §. 8, Einf.-Ges. vom 5. Februar 1851 §§. 119—122) nicht vorhanden seien. Der Vertheidiger zog aus dem Wortlaute der §§. 522 („wenn er davon bereits ausgegeben"), 524 („ist von dem verfälschten Papiergelde"), 526 („ein Wiederausgeben von dem Papiergeld") den Schluß, daß wenn auch nur ein Theil des gefertigten oder erworbenen falschen Papiergelds wieder ausgegeben worden, mithin die höhere Stufe der Strafbarkeit einmal begründet sei, die das blose Fertigen, Verfälschen und Ansichbringen des falschen Papiergeldes begründende niedere Stufe der Strafbarkeit lediglich verschwinde, und daß folglich, sobald einmal der erste Satz des §. 526 zur Anwendung gekommen sei, von einer Anwendung des Schlußsatzes dieses §. nicht mehr die Rede sein könne. Ferner hob der Vertheidiger hervor, es müsse, da jedenfalls nicht nachgewiesen sei, daß Bussa das in der Hutschachtel verwahrte falsche Papiergeld zu Mannheim an sich gebracht habe, zu dessen Gunsten angenommen werden, er habe dasselbe in Frankfurt a. M. an sich gebracht; bei dieser Sachlage müsse nun gemäß §. 4 Abs. 2 des St.G.B. das in Frankfurt a. M. geltende gemeine deutsche Strafrecht in Rücksicht genommen, und soferne es milder, als das badische Recht sei, angewendet werden; es erscheine aber nach gemeinem deutschen Strafrechte der Erwerb fal-

schen Papiergeldes behufs der betrüglichen Verausgabung desselben als eine straflose Vorbereitungshandlung.

Das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises schenkte in der Majorität des urtheilenden Senates der eben zuerst mitgetheilten Ansicht des Vertheidigers Gehör, und erließ daraufhin am 23. Januar d. J. ein freisprechendes Urtheil. Die Entscheidungsgründe zu diesem Urtheile beschäftigen sich in ihrem Eingange mit factischen Darlegungen und fahren dann fort:

„Hiebei (bei Beurtheilung dieser Sache) fragt es sich nun zuvörderst darum, ob die in Marburg erfolgte Bestrafung Buffa's ein weiteres strafgerichtliches Einschreiten gegen denselben ausschließe. Diese Frage muß aus folgenden Gründen bejaht werden.

Inhaltlich der Anschuldigung war Buffa in dem Besitze der fraglichen 356 falschen Einthalerscheine, die später in Frankfurt gefunden wurden, als er in Marburg verhaftet und dort wegen Ausgebens solcher Scheine bestraft wurde. Das urtheilende Gericht konnte aber auf den Besitz jener 356 falschen Scheine keine Rücksicht nehmen, weil es hievon nichts wußte.

Der §. 526 des St.G.B. stellt das wissentliche Ansichbringen von falschem Papiergeld als ein Verbrechen auf, insofern dieser Erwerb in der Absicht geschehen ist, das falsche Papiergeld betrüglich wieder auszugeben.

Wie zu dem Thatbestande des Verbrechens der Fälschung von Silber- oder Papiergeld das Ausgeben des gefälschten Geldes nicht gehört, so wird auch zu dem Thatbestande des hier in Rede stehenden Verbrechens das Ausgeben des an sich gebrachten falschen Papiergeldes nicht erfordert, es genügt vielmehr an dem blosen Ansichbringen mit dem Zwecke, es betrüglich wieder auszugeben. Wird das an sich gebrachte falsche Papiergeld aber wieder ausgegeben, so wird dadurch kein anderes Verbrechen begründet, es erhebt sich aber, wie bei der Münzfälschung oder der Fälschung von Papiergeld, die Strafbarkeit der Handlung auf eine höhere Stufe.

Buffa ist auch von dem Criminalgerichte in Marburg dafür bestraft worden, daß er falsches Papiergeld der in Rede stehenden Sorte, dessen Falschheit er kannte, betrüglich ausgegeben hat; er erlitt also die Strafe des in dem §. 526 des St.G.B. in erhöhter Strafbarkeit verpönten Verbrechens. Wollte man ihn jetzt noch wegen des Ansichbringens der weitern 356 falschen Einthalerscheine strafen, so würde man ihn wegen des nämlichen Verbrechens einer abermaligen Bestrafung unterwerfen, was nach unserer Gesetzgebung unstatthaft ist.

Nach §. 8 des St.G.B. steht nemlich hier das ergangene ausländische Strafurtheil einem im Inlande erlassenen gleich, und es fragt sich daher nur, ob, wenn das Urtheil des Marburger Criminalgerichts von einem badischen Gerichte gefällt und vollzogen worden wäre, ein weiteres Strafverfahren gegen Buffa wegen der neuerlichen Anschuldigung im Inlande als zulässig erschiene.

Es ist zwar richtig, daß Buffa wegen des Besitzes der erst später aufgefundenen 356 falschen Einthalerscheine nicht bestraft wurde, und es ist auch nicht zu bezweifeln, daß der Besitz einer solchen Menge falschen Papiergeldes eine Erhöhung der ausgesprochenen Strafe rechtfertigen würde, allein unsere Gesetzgebung gestattet zum Schutze der Angeschuldigten nicht, daß in einer rechtskräftig abgeurtheilten Strafsache wegen später aufgefundener Umstände, welche eine härtere Strafe als die erkannte, rechtfertigen würden, eine abermalige gerichtliche Verfolgung und eine härtere Bestrafung des bereits Verurtheilten stattfinde.

In dem §. 303 No. 1 der St.Pr.O. ist zwar eine solche abermalige gerichtliche Verfolgung und Bestrafung ausnahmsweise gestattet, allein dieser §. der St.Pr.O. ist durch das Einführungsgesetz nicht als gültig erklärt. Es liegt ferner keiner der dort erwähnten Ausnahmsfälle vor und das Einf.-Ges. vom 5. Februar 1851 enthält nichts von einem solchen Verfahren nach stattgehabter rechtskräftiger Entscheidung eines Straffalls. Es läßt nach den §§. 22 und 119 ff. eine Wiederaufnahme des Verfahrens nur auf den Antrag des Staatsanwalts oder des Verurtheilten oder dessen Erben oder Ehegatten und nur in ganz anderen Fällen, als der vorliegende Fall einer ist, zu.

Daß es die Absicht des Gesetzgebers sei, den Verurtheilten in Fällen der vorliegenden Art mit einer abermaligen strafgerichtlichen Procedur zu verschonen, läßt sich auch aus dem Commissionsberichte der zweiten Stände-Kammer über den §. 303 der St.Pr.O. schließen. Dort wurde namentlich erwähnt, daß Derjenige, welcher wegen ersten Diebstahls nur geringe Gefängnißstrafe erlitten habe, weil er seine früheren Verurtheilungen verheimlicht und der Richter hievon keine Kenntniß gehabt habe, nicht wegen dritten Diebstahls mit der verdienten Zuchthausstrafe belegt werden könne, wenn gleich die früheren Acten mit den zwei vorausgegangenen Strafurtheilen sich später vorgefunden hätten.

Es wurde ferner hervorgehoben, daß alle Fälle von der Wiederaufnahme des Verfahrens ausgeschlossen seien, wo das richterliche Ermessen innerhalb des höchsten und niedersten Maaßes in derselben Strafart zu entscheiden habe, z. B. wenn der mit 3 Jahren Zuchthaus bestrafte Räuber freiwillig solche Umstände eingestehe, wonach er 20 Jahre Zuchthaus verwirkt hätte, so könne seine Strafe gleichwohl nicht erhöht werden.

Wenn auch der Gesetzgeber in Fällen der eben angeführten Art, wo die Verschiedenheit der erkannten Strafe von der zu erkennenden von so großem Belange ist, eine höhere nachträgliche Bestrafung ausgeschlossen wissen will, so wird man um so mehr nach seinem Sinne handeln, wenn man im vorliegenden Falle eine weitere Strafe für unstatthaft erachtet, wofür auch, wie erwähnt, die Bestimmungen des Einf.-Ges. sprechen.

Bekk, Anmerkungen zu §. 122 des Einf.-Ges.

Aus diesen Gründen und mit Rücksicht auf §. 355 der St.P.O., wegen der Kosten, wurde, wie geschehen, erkannt."

Wie bereits bemerkt, wurde das hofgerichtliche Urtheil nach Stimmenmehrheit beschlossen.

Einer der drei Stimmführer war abweichender Ansicht und glaubte, daß der Gerichtshof auf die Beurtheilung der Materialien der Sache einzugehen habe. Zur Begründung seiner Ansicht führte er an, das vom Criminalgerichte zu Marburg wegen betrügerischer Verausgebung von sieben Kassenanweisungen erlassene Urtheil könne sich, da bei dessen Fällung dem urtheilenden Gerichte die Thatsache der Hinterlegung der fraglichen Hutschachtel völlig unbekannt gewesen sei, in keiner Weise auf eben diese Thatsache erstreckt haben, es liege daher nunmehr eine durchaus neue Anschuldigung vor, die sich in rechtlicher Beziehung auf den Schlußsatz des §. 526 des St.G.B. stütze; von einer Wiederaufnahme des Verfahrens könne hier nicht die Rede sein, da keineswegs die in Churhessen bestrafte That nochmals abgeurtheilt, sondern lediglich über eine neue Anschuldigung erkannt werden solle; es sei nicht einmal thatsächlicher Grund zu der Unterstellung vorhanden, daß der Angeschuldigte die in Frankfurt hinterlegten 356 Thalerscheine gleichzeitig und in Folge desselben Entschlusses mit den in Churhessen ausgegebenen sieben Scheinen an sich gebracht habe; wenn man dies aber auch unterstellen wollte, so sei dennoch die Thatsache, daß er außer diesen sieben auch jene 356 Scheine zu verbrecherischem Zwecke erworben habe, völlig neu und überall weder durch ein freisprechendes, noch durch ein verurtheilendes Erkenntniß abgeurtheilt; wenn ein Dieb, welcher gleichzeitig 363 Gulden entwendet habe, zuerst nur wegen eines Diebstahles von 7 Gulden in Untersuchung gezogen und bestraft worden sei, weil etwa in Folge eines Irrthums der Beschädigten, oder aus einem andern Grunde bei der Untersuchung- und Aburtheilung nur 7 Gulden als entwendet betrachtet worden, und die weitere Entwendung bei der Erkenntnißfällung noch gar nicht bekannt gewesen sei, so werde wohl Niemand eine neue Untersuchung und Aburtheilung für unzulässig halten, sofern sich in der Folge die viel bedeutendere Entwendung von weiteren 356 Gulden herausstelle; hier werde nicht dieselbe That in einer schwereren Eigenschaft, wie etwa der gemeine Diebstahl im Verhältnisse zum gefährlichen, sondern eine bisher noch nicht untersuchte und abgeurtheilte That, beziehungsweise ein früher unbekannter Theil derselben mit einem neuen Objekte des Diebstahls der Beurtheilung unterworfen; wenn der Angeschuldigte Buffa in der abgeurtheilten That bis zum Ausgeben des falschen Papiergeldes vorgeschritten sei, während in Beziehung auf die neuerdings zur Untersuchung gekommenen Scheine nur das im zweiten Satze des §. 526 des St.G.B. bedrohte Verbrechen vorliege — man möge dieses als ein selbstständiges, in sich vollendetes, Verbrechen oder nur als eine Versuchshandlung in Bezug auf das beabsichtigte Wiederausgeben bezeichnen — so ändere jene Abstufung in dem Vorschreiten des Verbrechens an dem Verhältnisse der beiden, in ihren Thatsachen getrennten Anschuldigungen, der abgeurtheilten und der noch abzuurtheilenden, überall nichts, und am allerwenigsten könne man davon sprechen, daß eine bestrafte That unter einem anderen Gesichtspunkte wiederholt zur Beurtheilung gebracht werden solle; es sei daher kein Grund vorhanden, die neue Anschuldigung, welche hinsichtlich des ungleich höheren Betrags des verfälschten Papiergelds gewissermaaßen als die wichtigere erscheine, deßhalb durch eine Freisprechung zurückzuweisen und die noch unbestrafte That darum straflos ausgehen zu lassen, weil sie zufällig bei der ersten Bestrafung noch nicht bekannt gewesen sei.

Der Staatsanwalt am großh. Hofgerichte des Mittelrheinkreises ergriff Recurs gegen das hofgerichtliche Urtheil. Seine Recursausführung stützte sich im Wesentlichen auf die in dem eben mitgetheilten Separatvotum des in der Minorität gebliebenen hofgerichtlichen Stimmführers

dargelegten Gründe. Er bemerkte, die Lösung der vorliegenden Frage ergebe sich einfach, wenn man nur den Satz in's Auge fasse, daß der Gegenstand des von dem Marburger Criminalgerichte abgeurtheilten Verbrechens ein anderer sei, als der Gegenstand der von dem großh. Bezirksamte Baden gepflogenen Untersuchung. Wegen des von Buffa in Marburg verübten Verbrechens — bemerkte er weiter — finde allerdings nach §. 8 des St.G.B. ein neues Strafverfahren nicht mehr statt, ein solches müsse aber offenbar hinsichtlich derjenigen verbrecherischen Thätigkeit des Angeschuldigten stattfinden, die nicht Gegenstand der Marburger Untersuchung gewesen sei. Hinsichtlich des in der Vertheidigungsschrift aus §. 4 Abs. 2 des St.G.B. hergeleiteten Vertheidigungsmomentes bemerkte der großh. Staatsanwalt, daß bei Lage der Sache anzunehmen sei, das Ansichbringen der 356 falschen Kassenanweisungen sei im Inlande erfolgt, daß aber, falls man auch dieses Ansichbringen als im Auslande verübt betrachten wollte, das Verbrechen doch, der Natur der Sache nach, als gegen das Inland gerichtet angesehen werden müßte, welch letztrer Umstand der angeführten Gesetzesstelle nach, die unbedingte Anwendung des inländischen Gesetzes zur Folge haben würde.

Der Vertheidiger führte in einer ausführlichen Rekursvernehmlassung die in der Vertheidigungsschrift hinsichtlich der Unzulässigkeit eines neuen Strafverfahrens aufgestellte Ansicht weiter aus und stützte sich hiebei insbesondere auf das eigenthümliche Verhältniß der beiden Strafbestimmungen des §. 526 des St.G.B. zu einander, welches Verhältniß jeden Schluß von anderen Verbrechen, z. B. von Verbrechen des Diebstahls auf das im gedachten §. bedrohte Verbrechen unzulässig mache. Hinsichtlich der Frage, ob die inländischen oder ausländischen Gesetze anzuwenden seien, blieb der Vertheidiger in der Rekursvernehmlassung bei seiner früheren Ansicht stehen, indem er beifügte, daß das Ansichbringen falscher preußischen Cassenanweisungen nicht als Verbrechen gegen den badischen Staat zu betrachten sei.

Das großh. Oberhofgericht ordnete nach §. 111 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 eine mündliche Rekursverhandlung auf den 5. Mai d. J. an.

Zu Beginn der Sitzung fand die Beweiserhebung durch Verlesung der erheblichen Theile der Untersuchungsakten statt.

Bei der mündlichen Begründung des Rekurses legte der Staatsanwalt am großh. Oberhofgerichte zunächst folgende Ansichten dar:

Das großh. Hofgericht gehe in den Entscheidungsgründen zu seinem Urtheile davon aus, daß

1) das Ausgeben des falschen Papiergelds nach §. 526 des St.G.B. eine höhere Stufe desselben Verbrechens begründe, welches durch das Ansichbringen des falschen Papiergelds begründet werde;
2) Buffa habe die Strafe dieser höheren Stufe erlitten.
3) Buffa könne mithin nicht ohne Verletzung des Grundsatzes: non bis in idem und ohne Abänderung des früheren Urtheils jetzt wegen der niederen Stufe bestraft werden;
4) eine solche Abänderung des frühern Urtheils sei bei Lage der Sache nur im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens denkbar (§. 8 des St.G.B.);
5) diese Wiederaufnahme sei aber im vorliegenden Falle den §§. 119—121 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 zufolge unstatthaft.

Was nun den Satz 1 angehe, so könne seine Richtigkeit oder Unrichtigkeit dahin gestellt bleiben; er sei nemlich für die Erledigung gegenwärtiger Strafsache völlig unerheblich, da man ja sicherlich wegen eines und desselben Verbrechens wiederholt strafen könne, sofern jeweils ein anderer Gegenstand des Verbrechens vorliege. Satz 2 sei schon um deßwillen unrichtig, weil sich das Marburger Urtheil gar nicht auf den §. 526 des badischen St.G.B. stütze, weil, um diese Gesetzesstelle mit dem Marburger Urtheil in Verbindung zu bringen, das bad. Gesetz unzulässiger Weise in das Gebiet des churhessischen Rechts übertragen werden müsse, und weil das mehrerwähnte Urtheil lediglich von einem durch Verausgabung von sieben falschen preußischen Cassenanweisungen verübten Betruge spreche, und daher seinem Wortlaute und seinem Sinne nach einer strafrichterlichen Verfolgung des Angeschuldigten wegen des Ansichbringens der 356 falschen Kassenanweisungen nicht entgegentreten könne.

Selbst wenn man indessen das Marburger Urtheil als auf den Grund des §. 526 des badischen St.G.B. erlassen erachten wolle, erscheine jener Satz 2 und mit ihm Satz 3 und 4 aus dem materiellen Grunde als unrichtig, weil es sich nunmehr um eine neue, noch nicht abgeurtheilte Anschuldigung handle. Das Marburger Urtheil bestehe in seiner Sphäre völlig unberührt

fort, während der neuen Anschuldigung eine besondere Sphäre angewiesen sei. Die neue Anschuldigung müsse, wenn man die Sache civilrechtlich auffasse, als dem Gerichte noch nicht vorgeführt — nondum in judicium deducta — gelten, und es könne ihr daher auch nicht die Rechtskraft des früheren Urtheils entgegengehalten werden. Sie werde in keiner Weise von dem materiellen Inhalte dieses früheren Urtheils berührt. Der hinsichtlich ihrer Zulässigkeit nach den §§. 119 — 122 des Einf.Ges. zu beurtheilenden Wiederaufnahme des Verfahrens bedürfe es zur Untersuchung und Bestrafung der neuen Anschuldigung unter den vorliegenden Verhältnissen in keiner Weise. Eine solche Wiederaufnahme sei nur nöthig, wenn die Abänderung eines rechtskräftig gewordenen Urtheils in Frage komme, während es sich hier durchaus nicht um eine solche Abänderung handle. Erscheine hiernach die Wiederaufnahme des Verfahrens als unnöthig, so komme es darauf, ob sie statthaft oder unstatthaft sei (Satz 5), nicht weiter an. Wenn jedoch am Ende der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe aus den dort angeführten, den Verhandlungen der Kammern über den §. 303 der St.Pr.O. entnommenen Fällen auf die Absicht des Gesetzgebers auch für einen Fall, wie der vorliegende, das auf den Grund einer neuen Anschuldigung zu bewirkende gerichtliche Einschreiten zu beseitigen, geschlossen werden wolle, so sei ein solcher Schluß nicht stichhaltig, weil in jenen Fällen, falls eine Wiederaufnahme gestattet würde, die rechtliche Qualität der strafbaren That, welche natürlich durch das Urtheil für und gegen den Angeschuldigten festgestellt sei, wiederholt beurtheilt werden müßte, während es sich hier nur um erstmalige Beurtheilung einer dem frühern Urtheile ferne liegenden Anschuldigungsthatsache handle. Hier handle es sich nicht um eine Aenderung des früheren Urtheils, während eine solche in jenen Fällen unter Umständen einzutreten habe.

Sodann gab der Staatsanwalt am großh. Oberhofgerichte eine Uebersicht über den Stand der Beweise.

Hinsichtlich des dem §. 4 Abs. 2 des St.G.B. entnommenen Vertheidigungsgrunds trug der gedachte Staatsanwalt die thatsächlichen Momente, denen zufolge eine Verübung des Verbrechens im Inlande angenommen werden müsse, vor, bemerkte indessen weiter, daß, falls eine Verübung des Verbrechens im Inlande und gegen das Inland nicht angenommen werden wolle, zwar allerdings das Recht der freien Stadt Frankfurt zur Anwendung kommen müßte, wenn es milder wäre, als das badische Recht, daß jedoch diese Bedingung im vorliegenden Falle nicht eintrete. Wir übergehen die Ausführung, welche der großh. Staatsanwalt bezüglich des zu Frankfurt a. M. geltenden Rechtes unter Benützung einer ihm auf sein Verlangen von dem Appellationsgerichte der freien Stadt Frankfurt ausgestellten Beurkundung vortrug.

Der wesentliche Inhalt des mündlichen Vortrags des dem Angeschuldigten vom höchsten Gerichtshofe bestellten Vertheidigers bestand in einer wiederholten Geltendmachung der bereits früher zu Gunsten des Angeschuldigten vorgebrachten Momente, sowie in einer kurzen Prüfung der Beweisfrage.

Der Angeschuldigte selbst war in der Sitzung anwesend und suchte, über die gegen ihn sprechenden Beweise vernommen, deren Gewicht durch Berufung auf das ihm ungünstige Spiel des Zufalls zu beseitigen.

Das am Schlusse der Sitzung verkündete oberhofgerichtliche Urtheil lautete:

Das hofgerichtliche Urtheil besagend:

„Johann Baptist Bussa von Baden sei von der Anschuldigung des Versuches der Verbreitung von 356 falschen preußischen Einthalerscheinen und von den deßfallsigen Untersuchungskosten freizusprechen, die erwähnten falschen Scheine seien aber zu confisciren;"

sei — soweit dagegen anher recurrirt wurde — unter Verfällung der großh. Staatskasse in die Rekurskosten — dahin zu bestätigen, daß kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei."

Die Entscheidungsgründe zu diesem Urtheile besagen folgendes:

„Der §. 8 des Strafgesetzbuchs bestimmt, daß gegen denjenigen, welcher wegen eines Verbrechens von einem zuständigen ausländischen Gerichte rechtskräftig verurtheilt ist, im Inlande ein neues Strafverfahren oder Erkenntniß wegen desselben Verbrechens nur unter den nemlichen Voraussetzungen stattfinde, unter welchen auch eine durch rechtskräftiges Erkenntniß eines inländischen Gerichtes erledigte Strafsache wieder aufgenommen werden kann.

Hiernach sind, wenn es sich darum handelt, ob ein bereits abgeurtheiltes Verbrechen nochmals zum Gegenstande strafrichterlicher Einschreitung gemacht werden soll, die im Auslande erlassenen Urtheile den von den Gerichten des Inlandes gefällten Urtheilen völlig gleichgestellt,

und darum fragt es sich im vorliegenden Falle, ob, wenn das vom Criminalgerichte in Marburg erlassene und von dem Obergerichte zu Cassel bestätigte Straferkenntniß von einem inländischen Gerichte gefällt worden wäre, gegen Buffa wegen der gegenwärtigen Anschuldigung ein nochmaliges strafrichterliches Verfahren stattfinden dürfte. Diese Frage ist zu verneinen. — Die dem Angeschuldigten zur Last gelegte Anschaffung der in Frankfurt vorgefundenen 356 falschen Cassenscheine kann nicht als eine von der in Marburg geschehenen Verausgabung solcher Scheine gänzlich unabhängige verbrecherische Handlung betrachtet werden; vielmehr ist wegen der ganz gleichen Beschaffenheit der ersteren Papiere mit den ausgegebenen und wegen des kurzen Zwischenraumes, der zwischen der Hinterlegung der Hutschachtel, worin sich jene größere Anzahl von Papiergeld befand, und zwischen der Verausgabung zu Marburg in der Mitte liegt, zu unterstellen, daß die verausgabten 7 Cassenscheine und die zu Frankfurt aufgefundenen vor der Verhaftung Buffa's in Marburg angeschafft worden sind, und darum erscheint, wie in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen mit Rücksicht auf §. 526 des St.G.B. ganz richtig ausgeführt wurde, der dolose Erwerb des falschen Papiergeldes als die zunächst strafbare That, welche durch das Ausgeben eines Theiles davon nur auf eine höhere Stufe der Strafbarkeit gelangt ist.

Das Verbrechen — wie es sich später erst herausgestellt hat — ist nun allerdings nicht in seinem ganzen Umfange Gegenstand der früheren Aburtheilung gewesen, sondern Buffa nur wegen eines Theiles desselben, welcher übrigens als der schwerere zu betrachten ist, bestraft worden, und es kann auch einem Zweifel nicht unterliegen, daß, wenn bei jener Aburtheilung der Besitz der weiteren 356 falschen Cassenscheine schon bekannt gewesen wäre, eine höhere Strafe ausgesprochen worden sein würde.

Allein dieser Umstand kann nach der badischen Gesetzgebung keinen Grund zu einer nochmaligen strafrichterlichen Einschreitung gegen Buffa abgeben, weil — wie oben bemerkt — das Ansichbringen des in Frankfurt aufgefundenen falschen Papiergeldes keine von der theilweisen Verausgabung verschiedenes Verbrechen bildet und eben deßhalb es sich jetzt nicht um Bestrafung eines anderen Verbrechens, sondern nur darum handelt, ob wegen des später bekannt gewordenen Straferhöhungsgrundes, daß der Angeschuldigte noch eine größere Menge falscher Kassenscheine besaß, eine schwerere Bestrafung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens einzutreten hätte; für Fälle dieser Art aber das Gesetz vom 5. Februar 1851 die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht zuläßt. Nach den Bestimmungen des §. 122 dieses Gesetzes kann der Staatsanwalt nur gegen den Freigesprochenen in gewissen Fällen die Wiederaufnahme des Verfahrens verlangen, gegen den Verurtheilten ist ihm aber dieses Recht nicht eingeräumt, selbst wenn sich später ergeben sollte, daß das verübte Verbrechen ein schwereres war, als dasjenige ist, dessen der Verurtheilte für schuldig erklärt worden war. Das Gesetz will, daß wegen blos zu geringer Bestrafung ein rechtskräftig Verurtheilter den Nachtheilen einer wiederholten Untersuchung nicht abermals ausgesetzt werde, daß vielmehr auch dann angenommen werden soll, daß der Strafgerechtigkeit Genüge geschehen sei. Dieser Wille des Gesetzgebers erhellt auch namentlich daraus, daß der §. 303 Ziff. 1 der St.P.O. von 1845, wornach gegen verurtheilende Erkenntnisse auf Antrag des Staatsanwaltes die Wiederaufnahme des Verfahrens eintreten konnte, wenn sich später ergebe, daß das abgeurtheilte Verbrechen eine schwerere Eigenschaft habe, in das spätere Gesetz vom 5. Februar 1851 nicht aufgenommen worden ist.

Die Behauptung, daß es sich im vorliegenden Falle nicht um eine Wiederaufnahme des Verfahrens handle, und daß darum die hierüber bestehenden Gesetzesbestimmungen keine Anwendung fänden, beruht auf der Voraussetzung, daß jetzt eine ganz andere That, als bei der früheren Aburtheilung in Frage sei, welche Voraussetzung aber eine unrichtige ist, indem — wie schon oben erörtert wurde — die nach Erlassung des Straferkenntnisses vom 13. April 1855 gemachte Entdeckung, daß der Angeschuldigte noch eine weitere Anzahl falscher Thalerscheine besessen habe, keine von dem abgeurtheilten verschiedenes Verbrechen, sondern nur eine erhöhte Strafbarkeit ein und desselben Verbrechens begründen kann.

Hieraus ergibt sich, daß das großh. Hofgericht, wenn es die nochmalige strafgerichtliche Einschreitung gegen den Angeschuldigten für unstatthaft erkannte und nur die Confiscation des falschen Papiergeldes gemäß §. 530 des St.G.B. aussprach, dem Gesetze eine richtige Anwendung gegeben hat."

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen, erkannt.

II.

Wenn in einem Gesellschaftsvertrage darüber nichts festgestellt ist, von wem die Geschäfte der Gesellschaft zu besorgen sind, so ist gültig, was Jeder der Gesellschafter zur Erreichung der Gesellschaftszwecke unternimmt, und zwar nicht allein unter den Gesellschaftern, sondern auch gegenüber dem dritten Contrahenten, mit welchem die Geschäfte für die Gesellschaft abgeschlossen worden sind: und es bedarf von dessen Seite nicht des Beweises, daß dem contrahirenden Gesellschafter seine Mitgesellschafter hiezu Gewalt gegeben haben, oder daß das Empfangene in den Nutzen der Gesellschaft verwendet worden ist.

L.R.S. 1864. 1859 [1].

Gilbert Code annoté zu Art. 861—864 No. 687 und die dort citirten Duvergier No. 98. Troplong No. 816. Zachariä II. §. 378 3.

Einige Bäcker und Mehlhändler hatten eine Gesellschaft gebildet, zur Uebernahme der Brodlieferungen für die Garnison Karlsruhe. Einer der fünf Gesellschafter, Mehlhändler Friedrich, schloß mit dem Müller Hildebrand verschiedene Mehlkäufe für die Gesellschaft ab, woraus dem letzteren sehr beträchtliche Forderungen erwuchsen. Er klagte dieselben gegen die fünf Gesellschafter ein, indem er behauptete, daß Friedrich von den übrigen Gesellschaftern Gewalt zum Abschluß der Käufe gehabt habe, für die Gesellschaft zu handeln, sowie, daß dies Mehl der Gesellschaft geliefert, und in deren Nutzen verwendet worden sei; und als dieß die Beklagten bestritten, schob er ihnen den Eid darüber zu. Hierauf erkannte der Unterrichter auf den zugeschobenen Eid, und machte die Verurtheilung der Beklagten von der Verweigerung des Eides über den ertheilten Auftrag, und die Verwendung der Frucht in den Nutzen der Gesellschaft abhängig. Dagegen appellirte der Kläger. Das mittelrheinische Hofgericht änderte auch das unterrichterliche Urtheil dahin ab, daß die Beklagten schuldig seien, die eingeklagte Forderung dem Kläger zu bezahlen, indem es dessen Beschwerde, daß die Verurtheilung der Beklagten von der Verweigerung des ihnen zugeschobenen Eide abhängig gemacht worden war, für begründet erklärte. Der hierher gehörige Theil der Entscheidungsgründe lautet also:

„Unter den Parteien besteht kein Streit, daß in dem von den Beklagten abgeschlossenen Gesellschaftsvertrage darüber nichts festgesetzt worden ist, daß nur dem Einen oder dem Andern der Beklagten die Besorgung der Gesellschaftsangelegenheiten übertragen sein sollte. War aber dem so, dann hatten nach L.R.S. 1859 Ziff. 1 alle Gesellschafter gegenseitig Gewalt, für einander die Geschäfte zu besorgen, hier also zur Verwirklichung der Gesellschaftszwecke Mehlkäufe abzuschließen. Es mußten die übrigen Gesellschafter, was Einer unternahm, auch für sich gelten lassen, oder aber vor dem Unternehmen Einsprache thun. Eine solche Einsprache ist nicht erfolgt; es ist dies wenigstens nicht behauptet. Daß der Mitbeklagte Friedrich die Mehlkäufe nicht für seine Person, sondern für die Gesellschaft abgeschlossen hat, ist gewiß. Es ist daher auch unzweifelhaft, daß alle Gesellschafter diese Verträge untereinander gelten lassen müssen. —

Allein auch gegenüber dem dritten Verkäufer, dem Kläger, sind sie nach L.R.S. 1864 aus dem von Friederich Namens der Gesellschaft abgeschlossenen Vertrage haftbar, weil nach dem oben Gesagten angenommen werden muß, daß dem Contrahenten Friederich von seinen Mitgesellschaftern stillschweigend Gewalt gegeben war, derartige Verträge zu schließen, eben weil darüber nichts unter den Gesellschaftern ausgemacht worden war, daß ein Anderer die Geschäfte besorgen solle. Wäre Letzteres der Fall gewesen, dann hätte der Kläger allerdings, wenn er die Mitgesellschafter Friedrichs hätte in Anspruch nehmen wollen, behaupten und nachweisen müssen, entweder, daß dem Friederich zu besagtem Geschäfte Gewalt gegeben, oder aber, daß das Empfangene in den Nutzen der Gesellschaft verwendet worden sei. Allein dem war nicht so, und es bedurfte daher auch keiner deßfallsigen Behauptung und Beweisführung. Es ist demnach auch überflüssig, zu untersuchen, ob anzunehmen sei, daß das Gelieferte in den Nutzen der Gesellschaft verwendet worden ist.

Es genügt, gezeigt zu haben, daß die Beklagten schon darum haften, weil allerdings ihr Gesellschaftsgenosse Friederich jedenfals stillschweigende Vollmacht zum Vertragsabschlusse hatte.“

D.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 28.

I.

Die Jurisdiktions-Verträge.

Dritter Artikel.

5. Das Verhältniß zu Oestreich.

In Bezug auf die Urtheile der östreichischen Gerichte hatte das großh. Justizministerium schon den 5. Januar 1819 (Reg.-Bl. No. 7) verfügt, „daß die Urtheile, welche von k. k. östreichischen competenten Gerichtstellen, jedoch mit Ausnahme jener von Ungarn und Siebenbürgen, gegen diesseitige Unterthanen geschöpft werden, auf Ansuchen des urtheilenden Richters oder der Parthie von den diesseitigen Gerichtstellen in Vollzug gesetzt werden sollen." Begründet wird diese Verfügung durch das Anfügen, daß nach der in den k. k. östreichischen Staaten, mit Ausschluß von Ungarn und Siebenbürgen, geltenden Gerichtsverfassung die von den Gerichten eines fremden Staats wider östreichische Unterthanen gefällten Urtheile auf Ansuchen des Gerichts oder der obsiegenden Parthie wider den Verurtheilten vollzogen werden, wenn

1) der auswärtige Gerichtstand zur Schöpfung des Urtheils wider den östreichischen Unterthanen berechtigt gewesen, und
2) von dem fremden Staat, dessen Gericht das Urtheil erlassen hat, die Urtheile der östreichischen Gerichte ebenfalls vollzogen werden.

Der zweiten Bedingung war durch die Bekanntmachung des großh. Justizministeriums Genüge geleistet, mithin war zu erwarten, daß die Urtheile der competenten badischen Gerichte in Oestreich vollzogen würden. Aber unter welchen Voraussetzungen wären die badischen Gerichte competent? Hier war eine offenbare Lücke, welche auch in den dispositiven Theil der Verfügung des großh. Justizministeriums überging, indem dort der Vollzug der von den competenten Gerichten des östreichischen Kaiserstaats erlassenen Urtheile angeordnet wird. In welchen Fällen aber die östreichischen Gerichte competent seien, wird nicht gesagt; ebensowenig wird den badischen Gerichten, welche zum Vollzug solcher Urtheile requirirt werden, die Prüfung der Competenz vorgeschrieben. Eine Erläuterung war daher dringend geboten; sie erfolgte aber erst den 17. Dezember 1837 dahin, daß die Frage, ob das urtheilende Gericht competent sei, nach den Gesetzen des Staats, dessen Gericht das Urtheil erlassen hat, zu beurtheilen sei, daß daher das requirirte Gericht diese Frage keiner nochmaligen Prüfung zu unterwerfen, sondern die Entscheidung des urtheilenden Gerichts anzuerkennen habe.

Das großh. Justizministerium hat jedoch diesen Grundsatz nicht streng aufrecht erhalten, sondern zugelassen, daß wenn gegen die Entscheidung des requirirenden Gerichts erhebliche Zweifel obwalten, oder von der Partei, gegen welche das Urtheil vollzogen werden soll, vorgebracht werden, das requirirte Gericht, ohne Parteiverhandlung die Zweifel dem requirirenden Gerichte bekannt gebe und dasselbe um Aufklärung angehe. Erscheint die alsdann erfolgte Aufklärung genügend, so ist der Vollzug zu verfügen; andernfalls sind die Bedenken dem großh. Ministerium vorzutragen, und ist dessen Entschließung zu erwarten.

Diese Art der Procedur erscheint weder angemessen noch mit der Unabhängigkeit der Gerichte vereinbar; denn da man einmal angenommen hat, daß die Competenz des urtheilenden Gerichts nach den bei diesem Gericht geltenden Gesetzen beurtheilt werden soll, so ist doch nicht zu leugnen, daß dieses die einschlägigen Gesetze besser kennt, als das requirirte Gericht. Dessen Zweifel wären daher am unrechten Ort. Was aber die Einwendungen der Parteien betrifft, so steht diesen die res judicata entgegen.

Da jede unterliegende Partei die ihr gebotenen Mittel, die Vollstreckung abzuwenden, bereitwilligst ergreifen wird, so hat die angeordnete Procedur nur eine Verschleppung der Sache zur Folge. Außerdem wird durch dieselbe dem Ansehen und der Unabhängigkeit der Gerichte zu nahe getreten; denn das urtheilende Gericht, welches die Gründe seiner Competenz darlegt, hat zu gewärtigen, ob man diese Gründe für genügend erachten wird. Ist dieses etwa nicht der Fall, wie dann? Hält sich das großh. Justizministerium für berechtigt, den Vollzug aufzuhalten? Das wäre ein offenbarer Eingriff in die Unabhängigkeit der Gerichte. Will man das requirirte Gericht entscheiden lassen, so kömmt man mit sich selbst in Widerspruch. Es bleibt also nur etwa die Einleitung einer diplomatischen Correspondenz übrig, die sich sehr lang hinschleppen, aber kein Resultat haben kann, weil das urtheilende Gericht, selbst wenn es im Unrecht wäre, sein Urtheil nicht aufheben kann, somit nur unnöthiger Weise behelligt wird.

Das ganze Verfahren führt nur zu Weiterungen, zu Verschleppungen, unter welchen die siegende Partei zu leiden hat, ohne daß der unterlegenen ein Gewinn erwachsen kann.

6) Das Verhältniß zu Braunschweig.

Den vorstehenden am nächsten kömmt das Verhältniß zu dem Herzogthum Braunschweig, welches durch eine Bekanntmachung des großh. Justizministeriums vom 19. Oktober 1850 in dem Reg.-Bl. No. 50 S. 357 dahin festgestellt ist, „daß die rechtskräftigen Erkenntnisse der herzoglich braunschweigischen Gerichte in bürgerlichen Streitsachen dann zu vollziehen sind, wenn die Zuständigkeit derselben in dem einzelnen Fall, nach diesseitigen Gesetzen beurtheilt, außer Zweifel ist."

Aus dem Eingang zu dieser Verfügung ist zu entnehmen, daß dieselbe auf einer Uebereinkunft beruht, durch welche der Grundsatz der Gegenseitigkeit in Bezug auf die Rechtshülfe in bürgerlichen Streitsachen anerkannt worden ist. Auf diesem Grundsatz beruhen, wie schon früher gezeigt worden, die Bestimmungen unserer Prozeßordnung, da nach denselben alle ausländischen Urtheile, sobald die fremde Gerichtsbarkeit nach unsern Gesetzen begründet ist, vollzogen werden.

Dabei ist freilich nach §. 920 dem Beklagten, falls der Kläger ein Ausländer ist, die Einwendung vorbehalten, daß von dem auswärtigen Staat eine gleiche Willfährlichkeit bei Vollstreckung von Urtheilen badischer Gerichte nicht beobachtet werde, eine Einwendung, welche in Bezug auf braunschweig'sche Urtheile wegfällt; insoweit liegt in der obigen Uebereinkunft ein Gewinn, der allerdings seinen Werth hat.

7) Das Verhältniß zu Churhessen.

Durch die Bekanntmachung des großh. Justizministeriums vom 3. Juni 1853 in dem Reg.-Bl. No. 22 S. 185 ist das Verhältniß zu dem Churfürstenthum Hessen auf den Grund einer hessischen Verordnung vom 25. April 1826, welche im Auszug dort mitgetheilt ist, geordnet. Nach derselben sollen ausländische Urtheile gleich inländischen vollzogen werden, jedoch mit Ausschluß folgender Fälle:

1) wenn die Gerichtsbarkeit (soll wohl heißen „Zuständigkeit") der ausländischen Behörde nach inländischen Gesetzen nicht begründet erscheint,
2) wenn die Verfügungen des betreffenden Urtheils den Gesetzen über dingliche Rechte oder über den Stand und die Rechtsfähigkeit der Personen in Churhessen zuwiderlaufen.

Diese Bestimmung macht die Vollziehung großentheils illusorisch; denn sie gestattet dem, gegen welchen der Vollzug begehrt wird, Einwendungen vorzubringen, welche eine Prüfung der Materialien des Prozesses nothwendig machen. Man muß daher schon die Akten requiriren, es müssen Verhandlungen gepflogen, Urtheile erlassen werden. Gegen diese finden Rechtsmittel statt, welche die Erledigung der Sache hinausziehen und erschweren.

Die dritte Ausnahme bezieht sich nur auf die Gant, bei welcher nicht gestattet wird, daß der im Ausland begründete allgemeine Gerichtstand des Konkurses auf das in Churhessen befindliche Vermögen eines churhessischen Unterthanen oder auf die bei den churhessischen Gerichten bereits anhängigen Prozesse erstreckt werde. Was die anhängigen Prozesse betrifft, so wird wohl allgemein anerkannt, daß eine während derselben entstehende Gant keinen andern Einfluß äußert, als daß der Cridar nicht mehr zur Fortführung dieser Prozesse legitimirt ist, daß vielmehr auch hier, wie in andern Fällen, die Vertreter der Gantmasse an seine Stelle treten. Es kann mithin hierin keine Ausnahme von der allgemeinen Regel gefunden werden. Daß aber der im Ausland erkannte Konkurs sich nicht auf das in Churhessen befindliche Vermögen eines churhessischen Unterthanen erstrecken soll, ist eine Ausnahme, der

ren Grund ich nicht einzusehen vermag. Ein Churhesse kann im Ausland nur dann einen allgemeinen Gerichtstand haben, wenn er dort nicht blos einen vorübergehenden Aufenthalt, sondern einen bleibenden Wohnsitz hat. Tritt nun solche Ueberschuldung ein, daß Gant erkannt werden muß, so könnte entweder das Gericht des Wohnsitzes oder des Orts, wo derselbe heimathsberechtigt ist, als allgemeiner Gantgerichtstand angenommen werden. Ein dritter Fall kann wohl nicht gedacht werden. Hat man unter jenen beiden Gerichten zu wählen, so wird ohne Zweifel das Gericht des Wohnorts geeigneter sein, die Gantverhandlungen zu pflegen, als das Gericht der Heimath. Dennoch sollen in einem solchen Fall die in Churhessen befindlichen Vermögenstheile nicht zur Gantmasse gezogen werden können, wodurch eine zweite Vergantung mit allen für die Gläubiger lästigen und nachtheiligen Folgen herbeigeführt wird.

8. Der Vertrag mit Sachsen.
Reg. Bl. 1855 No. 18 S. 206.

Dieser, erst in dem vorigen Jahr abgeschlossene, Staatsvertrag ist vollständiger in seinen Bestimmungen, klarer und präciser in seiner Fassung, aber prinzipiell keineswegs liberaler als seine Vorgänger. Man darf sich hiebei nicht durch den ersten Artikel täuschen lassen, in welchem festgesetzt wird, daß die Gerichte beider Staaten sich gegenseitig alle diejenige Rechtshilfe zu leisten haben, welche sie den Gerichten des Inlandes nicht verweigern dürfen, ein Prinzip, das allerdings dem Verhältniß zweier Bundesstaaten, deren Gerichte gleichen Anspruch auf das Vertrauen des In- und Auslandes haben, vollkommen entspricht; aber dieses vielversprechende Prinzip ist sofort in dem zweiten Artikel für in Civilsachen erlassene Urtheile dahin modificirt, daß ihre Vollstreckung in dem andern Staate nur dann statt findet, wenn sie von einem „nach diesem Vertrag" als competent anzuerkennenden Gericht erlassen sind. In jedem einzelnen Fall wird daher die Frage zu erörtern sein, ob das urtheilende Gericht competent war, eine Frage, welche trotz der sorgfältigen Fassung der einschlägigen Bestimmungen von dem requirirten Gericht möglicher Weise anders beantwortet werden kann, als von dem requirirenden Gericht. Gleichwohl wird man zugeben, daß eine prompte Vollziehung rechtskräftiger Erkenntnisse weit mehr im öffentlichen Interesse liegt, als die Correktion einer etwa vorkommenden irrigen Auffassung der Competenz-Bestimmungen. Beide Staaten konnten sich daher, nachdem sie gegenseitig sich überzeugt hatten, daß ihre Prozeßnormen keine für Ausländer lästigen Normen enthalten, oder nachdem die etwa vorhandenen die nöthige Modification erfahren hatten, ohne Benachtheiligung des öffentlichen Interesse gegenseitig den unbedingten Urtheilsvollzug zugestehen. — Unser Vertrag schließt zudem von jedem Vollzug diejenigen Urtheile aus, welche in dem einen Staat über den bürgerlichen Stand oder über die Ehe eines Angehörigen des andern Staats ergehen. Warum? Eine solche Bestimmung wäre begreiflich, wenn alle Urtheile, ohne Rücksicht auf besondere Competenz, vollziehbar wären; da aber nach dem vorliegenden Vertrag die Urtheile nur dann vollziehbar sind, wenn die Competenz des urtheilenden Gerichts „nach Maaßgabe des Vertrags" gerechtfertigt ist, so dürfte es inconsequent erscheinen, dem Urtheile eines hiernach competenten Gerichts die Anerkennung zu versagen. Ja ein Gericht kann in den Fall kommen, gelegentlich eines andern Anspruchs über den bürgerlichen Stand oder die Ehe eines Ausländers entscheiden zu müssen, z. B. wenn das gesetzliche Unterpfandsrecht der Ehefrau oder eines Minderjährigen in Anspruch genommen, von der Gegenparthie aber die Rechtmäßigkeit der Ehe, oder die eheliche Geburt der Kinder u. s. w. bestritten wird. Solche Urtheile, die gelegentlich diese Frage entscheiden, werden wohl nicht unter die Ausnahme fallen.

Nach Art. 3 begründen die von einem zuständigen Gericht erlassenen rechtskräftigen Erkenntnisse die Einrede der rechtskäftig entschiedenen Sache; was sich allerdings von selbst versteht und daher auch in Bezug auf alle Urtheile, welche nach unserer Pr.O. vollzogen werden können, in gleicher Weise der Fall sein wird. In dem Art. 4 begegnen wir wieder dem Verbot der Prorogation, mit dem Unterschiede jedoch, daß ein von dem prorogirten Gerichte erlassenes Urtheil nicht in dem einen und andern Staat, wie es in dem Staatsvertrag mit Würtemberg heißt, sondern nur in dem andern Staat als ungültig betrachtet wird. Das ist immerhin ein Fortschritt, wenn auch nur ein sehr kleiner im Verhältniß zu dem Zeitraum von dreißig Jahren, der zwischen beiden Verträgen in der Mitte liegt. Denn im Grunde bleibt dieses Verbot heute noch so unerklärlich, wie vor dreißig Jahren.

Die Art. 5—26 beschäftigen sich mit den Gerichtständen, und stellen dabei als ersten Grundsatz auf, daß

der Kläger dem Gerichtstand des Beklagten zu folgen habe; diesem Grundsatz gemäß ist denn auch durch Art. 6 der Gerichtstand der Widerklage ausgeschlossen. Provocationsklagen werden nach Art. 7 vor demjenigen Gericht erhoben, vor welches die Verfolgung des Anspruches, dem begegnet werden will, gehören würde.

Dem in Art. 5 ausgesprochenen Grundsatze gemäß wird in Art. 8 das Gericht, in dessen Bezirk der Beklagte seinen Wohnsitz hat, in allen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, vorbehaltlich der auf Immobilien sich beziehenden Realklagen, für zuständig erklärt. Wo aber Jemand ein Handelsgeschäft, eine Fabrik oder ein anderes Etablissement (hätte sich dieses Wort nicht durch ein deutsches ersetzen lassen?) oder eine Gutspachtung besitzt, da kann er nach Art. 10 wegen persönlicher Verbindlichkeiten, die er in Ansehung seiner benannten Unternehmung eingegangen hat, ebensowohl wie vor dem Gerichte seines Wohnorts belangt werden. Art. 11 unterwirft Studirende und alle Personen, die sich im Dienste Anderer befinden, dem Gerichtstand ihres Aufenthaltsortes. Art. 12 erkennt dasjenige Gericht, von welchem hiernach ein Schuldner seinen allgemeinen Gerichtstand hat, als Gantgericht an, dem alsdann auch das in dem andern Staat befindliche Vermögen des Cridars auszufolgen ist, wobei jedoch nach Art. 13 einige Beschränkungen eintreten, unter denen hervorzuheben, daß Eigenthums-, Pfand- und Vorzugsrechte an dem auszuliefernden Vermögen vor den Gerichten des um Auslieferung angegangenen Staats geltend gemacht, und etwa darüber entstehende Rechtsstreitigkeiten ausgetragen werden können, so daß alsdann nur der nach Befriedigung dieser Gläubiger verbleibende Rest ausgeliefert wird. Es ist dieses eine nicht zureichend motivirte Ausnahme eines wohlthätigen Princips, während man nach der entgegengesetzten Richtung zu weit ging, indem man in Art. 14 festsetzte, daß bereits anhängige Prozesse an das Gantgericht abzugeben seien. Es ist ein feststehender Grundsatz, daß die einmal begründete Competenz durch nachfolgende Ereignisse nicht wieder aufgehoben wird; wie soll auch das Gantgericht einen Prozeß, der nach einem andern Prozeßgesetz bisher geführt wurde, der vielleicht schon in einer höhern Instanz schwebt, überhaupt weiter führen können! Dagegen wäre das Gantgericht wohl besser im Stande, über Vorzugsstreitigkeiten zu entscheiden, einmal weil dort allein ein Ueberblick über alle Forderungen möglich, und den andern Gläubigern Gelegenheit gegeben ist, ihr Interesse, dem angesprochenen Vorrecht gegenüber, zu wahren, und endlich weil dort das Material vorhanden ist, etwaigen fraudulenten Manipulationen auf die Spur zu kommen.

Als sehr zweckmäßig sind die Bestimmungen über die Gesetze, welche bei den angemeldeten Forderungen zur Anwendung kommen sollen, anzuerkennen, weßhalb ich sie hier hervorzuheben mir erlaube:

1) Dingliche Rechte werden nach den Gesetzen des Orts, wo die Sache gelegen ist,
2) die Rechtsfähigkeit einer Person nach den Gesetzen des Staats, dem sie angehört,
3) die Form eines Rechtsgeschäfts nach den Gesetzen des Orts, wo es abgeschlossen wurde,
4) alle andern Fragen nach den Gesetzen des Staats, wo die Forderung entstanden ist, beurtheilt.
5) Ueber die Rangordnung der angemeldeten Forderungen entscheiden die am Sitz des Gantgerichts geltenden Gesetze. (Wie läßt sich mit diesem letztern Grundsatze die oben erwähnte Ausnahme in Bezug auf Pfand- und Vorrechte vereinigen?)

Nach Art. 15 sollen alle Realklagen, possessorische Rechtsmittel, sowie die actiones in rem scriptae, welche eine unbewegliche Sache betreffen, ausschließlich bei dem Gerichte, in dessen Bezirk sich die Sache befindet, angebracht werden können, bekanntlich eine Abweichung von der betreffenden Bestimmung unserer Prozeßordnung. Persönliche Klagen sollen dagegen vor dem Gericht der gelegenen Sache nur in sofern angebracht werden können, als sie aus dem Besitz eines unbeweglichen Guts oder aus Handlungen fließen, welche ein Gutsbesitzer in dieser Eigenschaft vorgenommen hat (Art. 17). Liegt hierin nicht eine Wiederholung der in dem schon oben erwähnten Art. 10 enthaltenen Bestimmung? Art. 18 bestimmt den Gerichtstand der Erbschaft in gleicher Weise wie §. 16 unserer Pr.O., mit der auffallenden Ausnahme, daß in Bezug auf Immobilien, die zur Erbschaft gehören, lediglich der Gerichtstand der belegenen Sache eintrete. In Art. 19 ist der Gerichtstand des Arrestes zwar auch für die Hauptsache anerkannt; gleichwohl soll das in der Hauptsache ergangene Erkenntniß nur dann in dem andern Staat vollzogen werden, wenn der Schuldner entweder auf der Flucht ist, oder in keinem der beiden Staaten einen Wohnsitz hat. Der Gerichtstand des Contrakts, welcher nicht mit dem des gewählten Wohnsitzes zu verwechseln ist, findet nach Art. 20 nur dann

statt, wenn dem Contrahenten die Ladung auf die Klage in dem Gerichtsbezirke zugestellt werden kann, ähnlich dem §. 43 unserer Pr.O., wornach Klagen gegen Ausländer auf Erfüllung persönlicher Verbindlichkeiten, die im Großherzogthum entstanden oder da zu erfüllen sind, vor dem Untergerichte, in dessen Bezirk der Beklagte angetroffen wird, angestellt werden können. Nach Art. 21 können Urtheile in Wechselsachen mittelst persönlichen Verhafts in beiden Staaten vollzogen werden; in Art. 22 wird der Gerichtstand der geführten Verwaltung übereinstimmend mit §. 19 unserer Pr.O., dagegen in Art. 23 der Gerichtstand des Orts, wo eine unerlaubte Handlung begangen wurde, nur in beschränkter Weise anerkannt. Nach Art. 24 begründet jede Intervention die Competenz des Gerichts, bei welchem der Hauptprozeß anhängig ist, und nach Art. 25 wird die einmal begründete Competenz anhängiger Sachen nicht durch Veränderung des Wohnsitzes oder Aufenthalts des Beklagten wieder aufgehoben; von dieser Regel ist man, wie oben schon erwähnt, bei Ganten abgegangen.

Nach Art. 26 sollen Urtheile und andere Verfügungen in bürgerlichen Rechtssachen, die in dem einen Staate von einem zuständigen Gericht ergangen sind, in dem andern Staat zugestellt werden; darnach würde vor der Zustellung die Frage, ob das requirirende Gericht zuständig ist, erörtert werden können oder müssen? Requisitionen um Vernehmung von Zeugen, Vornahme von Augenscheinen u. dgl. werden gegenseitig, ohne solche Weiterung, vollzogen. Arme Parthieen des einen Staats werden nach Art. 27 in dem andern zum Armenrecht zugelassen. Art. 28 enthält eine Bestimmung rücksichtlich der Glaubwürdigkeit öffentlicher Urkunden, wahrscheinlich hervorgerufen durch §. 399 (früher §. 440) unserer Pr.O., wonach ausländische öffentliche Urkunden von einer inländischen Behörde beglaubigt sein müssen. Dies wird durch Art. 28 dahin modificirt, daß Unterschrift und Siegel des Ausstellers der Urkunde, sowie seine amtliche Berechtigung zur Aufnahme derartiger Urkunden von dem vorgesetzten Obergerichte oder von dem Justiz-Ministerium zu bestätigen ist, weitere Beglaubigungen werden nicht erfordert. Hierbei entsteht aber die häklige Frage, ob eine Bestimmung unseres Gesetzbuchs in dieser Weise abgeändert werden kann. Ich glaube kaum, daß irgend ein Gericht des Landes diese Frage eintretenden Falls wird bejahen können. Dagegen wäre es am Platze, den §. 399 der Pr.O., wenigstens mit Bezug auf die deutschen Bundesstaaten einer Aenderung im Wege der Gesetzgebung zu unterziehen.

Der zweite Theil des Vertrags Art. 29—34 handelt von der Gerichtsbarkeit in nicht streitigen Rechtssachen, wobei sehr bedeutsame Grundsätze des internationalen Rechts aufgestellt werden, nemlich

1) „alle Rechtsgeschäfte unter Lebenden und auf den Todesfall werden, was ihre Form betrifft, nach den Gesetzen des Orts beurtheilt, wo sie eingegangen sind — eine Sanktionirung des Grundsatzes: locus regit actum, den das französische Gesetzbuch zwar nicht ausdrücklich ausspricht, aber doch in verschiedenen Bestimmungen (s. die Art. 47. 170. 999) anerkennt. Vrgl. Zachariä franz. Civilrecht 4. Ausgabe §. 31.

2) „Wenn nach den Gesetzen des einen Staats dem Inländer gestattet ist, sich auch im Ausland einheimischer Rechtsformen zu bedienen (z. B. bei dem eigenhändigen Testament Art. 999 code civil), so hat es dabei sein Verbleiben." Soll dies so viel heißen, daß ein solcher Akt auch in dem andern Staat als gültig anerkannt wird?

3) „Desgleichen, wenn nach der Verfassung des einen oder andern Staats die Gültigkeit einer Handlung allein von der Aufnahme vor einer bestimmten Behörde abhängt." Was damit gemeint sein kann, ist mir nicht recht klar; etwa Eheverträge, welche bei uns eine öffentliche Urkunde erfordern, oder Wechsel-Proteste, oder die Constituirung anonymer Gesellschaften?

4) „Verträge über dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen richten sich lediglich nach den Gesetzen des Orts, wo die Sachen liegen."

Die Art. 31—34 enthalten zweckmäßige Bestimmungen über Bestellungen von Vormundschaften und Pflegschaften.

Der dritte Theil des Vertrags handelt in den Art. 35—41 von der Strafgerichtsbarkeit. Hinsichtlich der Auslieferung von Verbrechern ist festgesetzt:

1) daß keiner der beiden Staaten die eigenen Unterthanen, welche in dem andern Staat ein Verbrechen oder Vergehen begangen haben, ausliefert, vielmehr selbst zur Untersuchung und Strafe zieht, insoferne nach den bestehenden Gesetzen die Handlung strafbar ist, Art. 35.

2) Hingegen werden Unterthanen des einen Staats, welche sich, um der Untersuchung und Bestrafung wegen Verbrechen oder Vergehen zu entgehen, in den andern Staat geflüchtet haben, gegen Erstattung der Kosten ausgeliefert, Art. 38.
3) In gleicher Weise werden Unterthanen dritter Staaten ausgeliefert, mit dem Vorbehalte jedoch, sie auf Reklamation des dritten Staates, dem sie angehören, diesem zur Bestrafung auszuliefern, Art. 39.
4) In den Fällen, in welchen einer der beiden Staaten berechtigt ist, die Auslieferung zu begehren, ist er auch verbunden, sie anzunehmen, Art. 40.

Ist die persönliche Gegenwart eines Zeugen an dem Ort der Untersuchung nothwendig, so soll die Stellung desselben vor das Untersuchungsgericht gegen Vorschuß der Reisekosten und vollständige Vergütung des Versäumnisses von dem andern Staate nicht verweigert werden, Art. 41. Auch sollen Strafurtheile, mit Ausnahme der Contumacial-Urtheile, in Bezug auf Schadenersatz und Kosten an dem in dem andern Staate befindlichen Vermögen des Verurtheilten vollzogen werden, vorausgesetzt, daß das bezügliche Verbrechen oder Vergehen auch in diesem Staate mit Strafe bedroht ist, Art 37.

Die Art. 42—45 handeln von den Kosten und enthalten darüber sehr zweckmäßige Bestimmungen.

9. Verhältniß zu Preußen.

Reg.-Bl. von 1820 No. 2 und von 1835 No. 11 S. 67.

Mit diesem Bundesstaat besteht kein Vertrag zur gegenseitigen Vollziehung der Urtheile; nur über Zustellung der Ladungen und anderer gerichtlicher Dekrete haben sich beide Regierungen dahin geeinigt, daß solche kostenfrei geschehen solle. Auch sind in der betreffenden Vereinbarung die Gerichte bezeichnet, durch welche die Correspondenz vermittelt wird. Es hat übrigens der Mangel eines jeden Jurisdiktions-Vertrags mit diesem befreundeten Bundesstaat die eigenthümliche Folge gehabt, daß ein badisches Gericht den durch ein preußisches Gericht ausgesprochenen Fallimentszustand eines preußischen Handlungshauses anzuerkennen verweigerte, und deßhalb die von jenem Gericht bestellten Syndiken der Gantmasse nicht für legitimirt erachtete. Allerdings scheint diese Ansicht nicht in Uebereinstimmung mit §. 919 der P.O. und mit dem allgemein anerkannten Grundsatz, daß bezüglich der Rechtsfähigkeit einer Person die Gesetze des Heimathlandes und folgeweise die Verfügungen der dortigen Behörden maaßgebend sind. Doch möchte davon immerhin Veranlassung genommen werden können, dem sehr lebhaften Verkehr mit der preußischen Rheinprovinz durch Abschließung eines die gegenseitige Vollziehung der Urtheile bezweckenden Staatsvertrags eine sichere Basis zu geben.

10. Vertrag mit Sigmaringen.

Reg.-Bl. von 1827 No. 21 S. 187.

Dieser Vertrag stimmt beinahe wörtlich mit dem Staatsvertrag überein, der wenige Jahre zuvor mit dem Königreiche Würtemberg abgeschlossen worden war, weßhalb auf den ersten Artikel (No. 22 dieses Jahrganges) verwiesen wird. Bekanntlich ist dieses Fürstenthum an die Krone Preußen übergegangen. Hat der Staatsvertrag dadurch aufgehört? Ich glaube kaum, daß man eine solche Behauptung auch nur aufzustellen wagen wird. Das frühere Großherzogthum Würzburg ist durch die Wiener Congreß-Akte an Baiern abgetreten worden, und man scheint allgemein anzunehmen, daß dadurch der im Jahr 1810 abgeschlossene Jurisdiktions-Vertrag gefallen sei. Worin liegt wohl der Unterschied? Vielleicht darin, daß Sigmaringen, zur Zeit noch, als ein von Preußen gesonderter, mit diesem nur durch Personal-Union verbundener Staat fortbesteht. Wäre dieses Land in Württemberg incorporirt und dort den bestehenden Gerichtsbezirken zugetheilt worden, so könnte wohl von einer Fortdauer des Jurisdiktions-Vertrags nicht mehr die Rede sein, aber wohl nur deßwegen, weil der neue Zustand der Dinge eine Anwendung des ältern Vertrags nicht mehr zuließe. Es würde dadurch nicht sowohl eine rechtliche, als vielmehr eine thatsächliche Aufhebung des Vertrags eintreten. Wendet man nun diesen Grundsatz auf den mit dem ehemaligen Großherzogthum Frankfurt abgeschlossenen Vertrag an, so muß man allerdings zugeben, daß für diejenigen Theile des ehemaligen Großherzogthums, welche in andern Staaten dermaaßen inkorporirt sind, daß keine selbstständige Jurisdiktion mehr vorhanden ist, der Vertrag erloschen ist, resp. nicht mehr vollzogen werden kann; dagegen besteht dieser Vertrag für die Stadt und das Gebiet von Frankfurt unverändert fort, da dem Vollzug keine faktische Unmöglichkeit entgegen steht und ein Rechtsgrund der Aufhebung desselben noch nicht eingetreten ist.

Nachtrag.

Der mit dem Königreich Würtemberg im Jahre 1825 abgeschlossene Vertrag (s. No. 22 dieses Jahrgangs) hat im vorigen Jahr eine Erläuterung und einen Zusatz erhalten. Nach einer Bekanntmachung des großh. Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten vom 17. April 1855 Reg.-Bl. No. 18 haben sich beide Regierungen dahin geeinigt:

1) Art. 3 des Staatsvertrags, wonach beide Staaten sich zu gegenseitiger Rechtshülfe verpflichten, soll keine Anwendung finden auf Untersuchungen, welche in dem einen Staat gegen Angehörige des andern Staats eingeleitet werden, es wäre denn, daß man des Angeschuldigten bereits habhaft geworden;
2) Art. 31 soll weder auf Geldstrafen noch auf Kosten, die aus einem Contumacialverfahren gegen Angehörige des andern Staats herrühren, angewendet werden.
3) Die in dem Art. 32 festgesetzte Verpflichtung zur Auslieferung erleidet eine Ausnahme,
   a) wenn wegen derselben Handlung, welche den Antrag auf Auslieferung veranlaßt, die Competenz der Gerichte des um Auslieferung angegangenen Staats begründet ist, oder
   b) wenn der Auszuliefernde wegen anderer Handlungen einer Untersuchung, einer Strafhaft, oder wegen civilrechtlicher Verbindlichkeiten einem Arreste unterliegt; in diesem Fall erfolgt die Auslieferung nach Beseitigung des Hindernisses.

Nach einer weitern Bekanntmachung desselben Ministeriums vom 6. Novbr. 1855, Reggsbl. No. 40 soll der Vertrag vom Jahr 1825 auch auf die in Steuerstrafsachen erlassenen Erkenntnisse zur Anwendung kommen.

II.

1) Gänzlicher Mangel am Vermögen des Schuldners ist kein Grund, die von einem Gläubiger nach Maaßgabe von Pr.O. §. 779. 780 beantragte Einleitung der Gant zu verweigern.

2) Auslegung der Bestimmung in §. 1193 Pr.O., daß die Oberberufung unzulässig ist gegen Ganterkenntnisse, wenn die Beschwerde darauf beruht, daß es an den gesetzlichen Voraussetzungen zur Ganteröffnung fehle.

Von der im Uebrigen thatsächlichen, gleichmäßigen Entscheidung der beiden ersten Instanzen ist nur Eines hervorzuheben. Der Beklagte Seeger suchte die von seinem Gläubiger Guerra verlangte Ganteröffnung dadurch als unzulässig darzustellen, daß er behauptete, er besitze auch nicht das geringste, dem Zugriffe unterworfene Vermögen. Dieser Einwand wurde aber deßhalb nicht berücksichtigt, weil die Frage, ob und welches Vermögen der Gantmann besitze, erst Gegenstand der nach der Ganteröffnung eintretenden Vermögensuntersuchung ist (Pr.O. §. 789), und weil sonst der Schuldner seinem Gläubiger leicht die durch Pr.O. 779. 780 gewährte Befugniß illusorisch machen könnte, und weil überdieß selbst bei anscheinender Vermögenslosigkeit des Schuldners der betreibende Gläubiger ein wesentliches Interesse an der Ganteröffnung hat, indem er dadurch die Möglichkeit erhält, nach Maaßgabe von Pr.O. §. 791 die Leistung des Offenbarungseides von dem Gantmanne zu verlangen, und so die Ermittlung des etwa doch vorhandenen Vermögens zu erwirken. Es wurde daher angenommen, daß sich der Mangel von Massevermögen erst nach der Ganteröffnung gehörig constatiren lasse, mithin kein Hinderniß der Ganteröffnung, sondern nur ein Grund zur Wiedereinstellung der eröffneten Gant sein könne, wobei natürlich die andern Fälle von Gantmäßigkeit nicht in Betracht kommen.

Blickt man auf die Vorschrift des §. 778 Pr.O., so ließe sich allerdings eine andere Beantwortung der vorliegenden Frage denken, wenn z. B. im Falle von Z. 3 das Inventar den Mangel jeglichen Vermögens nachweist. —

Die Oberberufung gegen das Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 11. Januar l. J. wurde durch Erkenntniß vom 6. März l. J. als unzulässig verworfen.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die Oberberufung ist gegen ein — in zweiter Instanz bestätigtes — Ganterkenntniß gerichtet, und von Seiten des Oberappellanten, um derselben, gegenüber der Bestimmung des §. 1193 der Pr.O., Eingang zu verschaffen, geltend gemacht, daß diese Gesetzesbestimmung sich nur auf die besonderen gesetzlichen Voraussetzun-

gen eines Urtheils im Allgemeinen beziehe, und daß nun Oberappellant insbesondere dadurch beschwert sei, daß — abgesehen von dem Beklagterseits behaupteten Mangel an Vermögen und an einer Mehrheit von Gläubigern — die Richter der vordern Instanzen

1) das Vorhandensein der letzteren besonderen Voraussetzung (§. 774 der Pr.O.) von Amtswegen ergänzt und damit den §. 5 der Pr.O. verletzt haben, — daß

2) die vom Kläger geltend gemachte Forderung diesem in Folge Cession gar nicht mehr zustehe, er dieselbe somit auch nicht mehr zur Grundlage eines Antrags auf Ganteröffnung machen könne, — und daß

3) eine im Jahre 1847 erkannte, noch nicht im Sinne des §. 900 der Pr.O. beendigte Gant vorliege, die Erkennung einer neuen Gant, somit gleichfalls nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Zeit nicht statthaft sei.

Dies Vorbringen, das schon in I. Instanz geltend und zum Gegenstand der Verhandlungen gemacht worden war, ist jedoch nicht geeignet, die erhobene Oberberufung als statthaft erscheinen zu lassen.

Was unter den im §. 1193 der Pr.O. gedachten Voraussetzungen zur Ganteröffnung zu verstehen sei, ist jeweils Frage des einzelnen Falles, und da in vorwürfiger Sache das angefochtene Erkenntniß auf den Bestimmungen der §. 779. 780 der Pr.O. beruht, so bestehen die gesetzlichen Voraussetzungen für dessen Rechtsbeständigkeit darin, daß ein Antrag auf Eröffnung des Gantverfahrens von mindestens einem Betheiligten erfolgt, daß der Antragsteller Gläubiger des Beklagten, und daß Letzterer nicht im Stande gewesen sei, der richterlichen Auflage: „den aufgetretenen Gläubiger zu decken, oder sein Zahlungsvermögen darzuthun“ Genüge zu leisten.

Es zeigt sich nun aber bei einer Vergleichung der aufgestellten Beschwerden mit jenen besonderen Voraussetzungen im vorliegenden Falle, daß die Beschwerden nur eine theilweise Beabredung des Vorhandenseins der Letzteren, somit gerade das enthalten, was §. 1193 als Grund der Unstatthaftigkeit der Oberberufung festsetzt, nämlich die Behauptung des Mangels jener Voraussetzungen. —

Es liegt dies nämlich unzweideutig vor, bezüglich des oben unter Ziff. 2 namhaft gemachten Vorbringens, daß Kläger nicht Gläubiger des Beklagten sei, und eben so hinsichtlich des dritten Beschwerdepunktes, da es als eine im Geiste des Gesetzes liegende Voraussetzung für die Statthaftigkeit der Eröffnung einer Gant erscheint, daß diese nicht bereits schon gültigerweise eröffnet sei.

Was endlich den unter Ziff. 1 angeführten Beschwerdepunkt betrifft, so beruht — abgesehen davon, daß nicht nur die Behauptung einer Handlung des Richters von Amtswegen für sich unrichtig ist, da Kläger selbst im Behauptungssatze die fragliche Thatsache behauptete, sondern daß auch die verlangte Mehrheit von Gläubigern nach dem klaren Wortlaute des §. 779 keine gesetzliche Voraussetzung für die Ganteröffnung, sondern nach der Bestimmung des §. 774 für die Zulässigkeit des Gantverfahrens ist, somit der Fortführung aller jener Verhandlungen, zu deren Einleitung das Ganterkenntniß nur den Anlaß und die Befugniß gegeben hat, — auch diese Beschwerde nur eben wieder darauf, daß es an Einer der gesetzlichen Voraussetzungen für die Ganteröffnung fehle.

Alle Beschwerdepunkte fallen sonach unter letzteren Gesichtspunkt, und da schon in zwei Instanzen hierüber verhandelt und entschieden worden, erscheint eine weitere Verhandlung in III. Instanz gemäß §. 1193 als unzulässig.

Aus diesen Gründen rc. rc.

T.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 29.

I.

Ueber die Beweislast, insbesondere bei Beschränkungen des Geständnisses (confessio qualificata) §. 362 und 363 Pr.O.

Ueber keinen Gegenstand des Prozeßrechts ist wohl mehr gestritten und geschrieben worden, als über Beweislast und qualifizirtes Geständniß. Es erklärt sich dies theils aus der Schwierigkeit der Sache, insbesondere bei der Anwendung in den verschieden gearteten Fällen, theils aus der großen Wichtigkeit der Beweisfrage für die Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten; denn die Beantwortung der Beweisfrage entscheidet nicht selten über das Schicksal des Prozesses. Insbesondere ist es das qualifizirte Geständniß, bei welchem in unserer Rechtsanwendung neuerdings die Beweisfrage wieder zweifelhaft geworden ist. Nachdem man seit Einführung unserer Pr.O. im Jahr 1832 lange Zeit hindurch in den badischen Gerichten die betreffenden Bestimmungen der P.O. im Sinne der gemeinrechtlichen Prozeßtheorie, wie diese zur Zeit der Einführung des neuen Gesetzes sich nach der Lehre der bewährtesten Rechtslehrer festgestellt hatte, ziemlich übereinstimmend angewendet hat, machte sich in neuester Zeit in Betreff des beschränkten Geständnisses eine abweichende Auslegung geltend, welche im Wesentlichen auf der Anschauung beruht, daß mit dem Ausdrucke „Beschränkungen" im §. 363 der Pr.O. weder Einreden, Repliken ꝛc. noch Widersprüche der Klage oder Einrede ꝛc. gemeint sein können; die letzteren nicht, weil dies im §. ausdrücklich gesagt sei, was denn auch die Schlußworte des §. 363 über jeden Zweifel erheben; die ersteren nicht, weil sonst die Bestimmung des §. 363, da ja schon im §. 362 die Beweislast bezüglich der Einreden ꝛc. normirt sei, überflüssig wäre. Der Gesetzgeber müßte daher nothwendig unter den „Beschränkungen" des §. 363 etwas von jenen beiden Dingen Verschiedenes, ein Drittes, verstanden haben. Da dieses Dritte aber nach §. 363 stets dem die Beschränkung Behauptenden zum Beweis auferlegt werden soll, während es bei richtiger Auffassung oft nichts als ein Widerspruch der Thatsachen der Klage ꝛc. ist, so ersieht man sogleich die Tragweite der neuen Theorie.

Auch beim obersten Gerichtshofe herrscht gegenwärtig diese Meinungsverschiedenheit, es liegen aus neuerer Zeit Entscheidungen nach der einen und der andern Ansicht vor. [1]) Es dürfte daher nicht unnöthig erscheinen, den Gegenstand nochmals einer genauern Prüfung zu unterziehen, und da die Lehre vom qualificirten Geständniß ohne Erörterung der Beweislast im Allgemeinen, wie aus Nachfolgendem näher hervorgehen wird, sich nicht abhandeln läßt, so wird unsere Entwickelung sich auch zugleich auf letztere erstrecken, und zwar wesentlich auf dem, wie wir glauben, bisher zu wenig beachteten historischen Wege sich bewegen, da dieser am meisten geeignet sein dürfte, zur Auffindung des richtigen Sinns der in Frage stehenden Bestimmungen unseres Prozeßgesetzes zu führen. Wir wollen zunächst die allgemeinen Grundsätze aufsuchen, auf welche die Lehre vom Beweis beruht.

I.

Allgemeine Grundsätze.

Schon nach den allgemeinen Gesetzen des Denkens hat, wer einen Satz aufstellt, eine Thatsache behauptet (affirmans), den Beweis dafür zu liefern, wenn dagegen Zweifel oder Widerspruch erhoben und von Jenem Anspruch

---

[1]) Oberhofg. Jahrb. Bd. X. S. 27 und die beigefügte Ausführung der Redaktion. Annalen Bd. XXIII. S. 70. Magazin für bad. Rechtspflege Bd. II. S. 471.

auf Beistimmung oder Glauben gemacht wird; nicht aber hat der Widersprechende (negans) den Widerspruch zu beweisen. Thatsachen werden nicht vermuthet, ist ein allgemein anerkannter Satz.[2]) Die Anwendung dieses Axioms auf das Prozeßverfahren führt mit logischer Nothwendigkeit zu folgenden Sätzen:

1) Wer gegen einen Anderen einen Anspruch vor dem Richter verfolgt und zur Geltung bringen will, muß die Thatsachen, worauf er gestützt wird und zur rechtlichen Begründung nach den Gesetzen zu stützen ist, im Falle des Widerspruchs beweisen.

Weil aber Thatsachen, und folglich auch Aenderungen an denselben, welche ja auch Thatsachen sind, nicht vermuthet werden, so ist die einmal bestehende Thatsache und eine dadurch begründete rechtliche Verbindlichkeit so lange als fortdauernd anzunehmen, bis eine andere Thatsache jene erstere und die dadurch begründete Verbindlichkeit aufhebt. Daraus ergibt sich der weitere Satz:

2) Wer die Befreiung von einer Verbindlichkeit behauptet, hat die Thatsachen, worauf er jene gründet, wenn sie widersprochen werden, zu beweisen.

Da nach S. 1 und 2 nur die Thatsachen, welche widersprochen werden, zu beweisen sind, so folgt daraus der fernere Satz:

3) Was von den behaupteten Thatsachen (des Klägers oder Beklagten) eingeräumt, zugestanden ist, darf von dem Behauptenden nicht bewiesen werden.

Nur Rechtsvermuthung (gesetzliche Vermuthung) und Offenkundigkeit können eine Ausnahme von obigen Regeln begründen. Denn der Gesetzgeber selbst erklärt durch erstere den Vorbeweis für den, der sich auf sie berufen kann, schon ausreichend geführt, und gestattet nur da, wo er nicht an die Rechtsvermuthung eine bestimmte Folge geknüpft hat (praesumtio juris et de jure), dem Gegner noch den Gegenbeweis. L.R.S. 1350—1352 a.

Thöricht aber wäre es, darüber, was der Richter, wie jeder Andere, aus dem gewöhnlichen Leben oder aus den Gerichtsakten weiß oder wissen kann (Gemeinkundigkeit oder Gerichtskundigkeit), Jemanden den Beweis aufzulegen.[3])

[2]) Aus der Theorie der Wahrscheinlichkeit hat denselben neuerdings ausführlich begründet: Rizy, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung, Wien 1841, §. 25.

[3]) Gönner, Handbuch, Bd. II. S. 259.

Die Lehre vom beschränkten Geständnisse ist in Hinsicht auf Beweislast genau betrachtet, nichts anderes, als die folgerichtige Anwendung obiger drei Sätze mit Beachtung der Grundsätze über das gerichtliche Geständniß überhaupt. Man könnte daher die erstere nach Feststellung der Grundsätze über Beweislast im Allgemeinen füglich der Doctrin überlassen, wie dies auch z. B. die großh. hessische Gesetzgebung in dem so eben erschienenen Entwurf einer Civilprozeßordnung im Tit. XXI. gethan hat. Diese Grundsätze bilden auch die Basis des gemeinen deutschen Prozeßrechts, und da dieses, wie wir im weitern Verlauf der Erörterung näher sehen werden, für das Ergebniß derselben von entscheidender Wichtigkeit ist, so gehen wir sogleich auf dasselbe über. Weil es sich jedoch hier nicht darum handeln kann, darüber neue Forschungen anzustellen, sondern nur darum, die Lehre des gemeinen Prozeßrechts in ihrer Auffassung zur Zeit der Einführung unserer Prozeßordnung zur Anschauung zu bringen, so können wir uns füglich auf eine Darstellung jener Auffassung nach den bewährtesten Autoren beschränken.

II.

Gemeinrechtlicher deutscher Prozeß.

Weber[4]), dem die angesehensten neueren Rechtslehrer folgten, stellte den Satz auf:

> Wer ein Recht oder eine Befreiung von Rechten oder Anmaßungen Anderer ganz oder zum Theil mit Erfolg geltend zu machen sucht, ist schuldig, die noch ungewissen Thatsachen, deren Wahrheit das Recht oder die Befreiung als nothwendig voraussetzt, zu beweisen.[5])

In Beziehung auf das qualifizirte Geständniß geht Weber in Uebereinstimmung mit allen neuern Rechtslehrern von der Theilbarkeit aus und behandelt dasselbe nach den eben angeführten allgemeinen Grundsätzen.

Gönner[6]), welcher ebenfalls ausführlich über diese Materie handelt, spricht sich in folgender Weise aus:

[4]) Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß (zweite Ausgabe von Heffter) S. 111. Rizy's im Wesentlichen auch zu demselben Ergebniß führende Bekämpfung der Weber'schen Theorie scheint uns eher eine Bestätigung als eine Widerlegung und Erläuterung derselben zu enthalten.

[5]) Nach der Hauptstelle: Fr. 2. D. de prob. (22. 3.). Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.

[6]) Gönner, Handb., Bd. II. Nr. XLIII.

Alles kommt darauf an, ob das gemachte Geständniß das Recht des Gegners an sich vollkommen richtig darstellt, oder ob dasselbe an sich das Recht des Gegners noch unvollständig darstellt, somit die Limitation nicht als selbstständige Behauptung zur Vernichtung eines einseitigen Rechts (als Exception), sondern als Abläugnen einer Thatsache zu betrachten sei, ohne welche das Recht des Klägers nicht anerkannt werden kann. Im letztern Falle hebt das Geständniß die Verbindlichkeit des Klägers nicht auf, das durch die Limitation Abgeläugnete zu beweisen; im ersten Fall dagegen ist sein Klagrecht durch das Geständniß außer Zweifel gesetzt, wenn es nicht durch neue Behauptungen des Beklagten (Einrede) entkräftet wird. (S. 393.) Zur Erläuterung fügt Gönner weiter bei: Die Art des Vortrags, deren sich ein Beklagter bedient, kann die Rechtseigenschaft der Vertheidigungsmittel nicht abändern. Daher ist Ergänzung eines mangelhaften Klaglibells und die damit verbundene Abläugnung des ergänzten Punktes noch immer eine negative Litiskontestation. Eben so wenig Aenderung an Rechten bewirkt es, wenn der Beklagte etwas vom Factum der Klage oder dasselbe überhaupt, z. B. daß er kontrahirt habe, einbekennt, oder eine Limitation, z. B. daß es unter einer Bedingung geschehen sei, beifügt. (S. 392.) Was wesentliche Punkte einer Klage betrifft, Umstände, ohne deren Gewißheit das Recht des Klägers vom Richter nicht anerkannt werden kann; alles dieses muß vom Kläger bewiesen werden, wenn es der Beklagte durch ein limitirtes Geständniß in Abrede stellt. Was immer außer Zweifel sein muß, ehe man das Klagrecht anerkennen kann, darüber liegt dem Kläger der Beweis ob, sobald der Beklagte einen Theil davon durch ein limitirtes Geständniß abläugnet.

Wenn aber das Klagrecht an sich durch die eingestandenen Punkte für richtig zu halten ist, d. h. wenn die eingestandenen Punkte ganz die Sphäre der Begebenheiten umfassen, ohne deren Gewißheit das Recht des Klägers vom Richter nicht anerkannt werden kann, so erscheint das übrige Vorbringen des Beklagten (die Limitation) in der Eigenschaft, daß er durch dasselbe ein zugestandenes, anerkennbares Recht des Klägers zerstören will, folglich in der Eigenschaft einer Exception, worüber dem Beklagten der Beweis aufliegt. — Um aber bestimmen zu können, was an einer Klage so wesentlich sei, daß ohne dessen Gewißheit das eingeklagte Recht vom Richter nicht anerkannt werden kann, muß man im Grunde auf die Rechtstheorie zurückgehen und die wesentlichen Voraussetzungen zu der Klage erforschen. Gönner führt nun als wesentliche Punkte der Klage auf: 1) den Rechtstitel, 2) die Gewißheit des Consenses, 3) die Giltigkeit der Einwilligung dann, wenn zur Giltigkeit das Dasein besonderer Umstände erfordert wird; wenn z. B. der Minderjährige den Vertrag zugesteht, aber die Nichtmitwirkung des Vormunds behauptet, 4) das Objekt, 5) die Zeit. S. 395 ff.

Hier ist besonders für unsere Frage bemerkenswerth, was Gönner zu 2 und 5 sagt:

„Die Gewißheit (ad 2) des Consenses und seine Unbedingtheit bei Contrakten gehört zu den wesentlichen Punkten einer Klage aus Verträgen, denn ohne Dasein einer unbedingten Einwilligung berechtigt kein Vertrag zu einer Klage. Wenn daher auf einen Vertrag geklagt und die Bedingung übergangen war, so ist die Limitation im Geständniß des Beklagten: er habe zwar den Vertrag abgeschlossen, aber nur unter einer Bedingung, — keine Einrede, sondern eine Ergänzung des unvollständigen Libells und eine Abläugnung dessen, was zur Anerkennung des Klagrechts wesentlich gehört."

Wenn Gönner hiebei (S. 398 und 401) unterscheidet zwischen Suspensiv- und Resolutivbedingungen und das Gesagte auf erstere beschränkt, bezüglich der letzteren aber den Beklagten für beweispflichtig hält, indem er in der Limitation eine Einrede findet, so kann dies wohl nur dahin verstanden werden, wenn der Beklagte behauptet, daß durch den Eintritt der Resol.-Bedingung das perfekt gewordene, bestandene Rechtsgeschäft wieder aufgelöst worden, die bestandene Verbindlichkeit erloschen sei. Denn nur dann liegt darin ein selbstständiger Befreiungsgrund, den als Einrede der Beklagte zu beweisen hat. Wenn der Beklagte aber den Vertragsabschluß zugestehend, nur beifügte, der Vertrag sei nicht unbedingt, sondern mit der und der auflösenden Bedingung abgeschlossen worden, ohne zugleich den Eintritt der Resol.-Bedingung zu behaupten, so würde die Limitation als unerheblich vom Richter nicht zu beachten sein. Weil die Bedingung nach der Natur der Resol.-Bedingung nur dann, wenn zugleich der Eintritt behauptet wäre, an dem Anspruch des Klägers etwas ändern könnte, so ist hier die Sache gerade so, als wenn das Dasein des Rechtsgeschäfts unbedingt zugestanden wäre.

Zu 5 bemerkt Gönner: Wie mit den Bedingungen verhalte es sich auch, wenn die Zeit der Erfüllung nicht zugestanden werde, welche vorausgesetzt werden müsse, wenn man sich die Klage als gegenwärtig begründet denken wolle. (S. 401.) — Wenn also z. B. ein Darlehen eingeklagt wäre, auch ohne daß in der Klage von der Zeit etwas erwähnt wäre, so müßte, wenn der Beklagte mit dem Geständniß des Darlehens die Limitation verbände, daß die Heimzahlung nach 2 Jahren, die noch nicht umflossen, bedungen worden sei, nach den Grundsätzen dieses Schriftstellers dem Kläger die Fälligkeit des Darlehens, nicht aber dem Beklagten die gemachte Bedingung zum Beweis auferlegt worden.

Ein Drittes, was außer dem Abläugnen von Klagthatsachen und Einreden noch in den Beschränkungen des Geständnisses liegen könnte, nimmt Gönner sowenig als Weber an. Gönner drückt dies bündig in den Worten aus: „Wo demnach die Klage (folgeweise das Abläugnen derselben) aufhört, da nehmen die Einreden ihren Anfang.“ S. 402.

Daß es darauf bei der Entscheidung über die Beweislast nicht ankomme, ob der Beweis über eine Negation auferlegt werden müßte, führt Gönner S. 405 u. 406 aus.

Grolmann anerkennt dieselben Grundsätze in den kurzen Worten: „Eingeständnisse mit nähern Bestimmungen, Bedingungen und Einschränkungen können nur dann den Gegner ganz von dem Beweise befreien, wenn diese Einschränkungen wirklich die volle Einräumung aller die Bitte desselben bedingenden Fakten voraussetzen, keineswegs aber, wenn sie, genau erwogen, einen jene Bitte in irgend einer Hinsicht bedingenden Theil dieser Fakten abläugnen.“ [7]) — Auch Martin anerkennt ebenfalls von der Trennbarkeit ausgehend, und unter Berufung auf Gönner, den entscheidenden Grundsatz: daß auch beim qualifizirten Geständniß die Beweislast nach den allgemeinen Regeln zu beurtheilen sei. [8]) — Damit übereinstimmend erklärt auch Bayer [9]) die Ansicht für die richtige, welche darauf sieht, „ob, wenn die Abweichungen in der geschichtlichen Darstellung des Beklagten wahr wären, die Klage an sich ihrem Wesen nach doch als rechtlich begründet erschiene oder nicht; und in dem letzten Falle dem Kläger ungeachtet des Geständnisses doch den Beweis auflegt, vorausgesetzt, daß er nicht etwa durch eine Rechtsvermuthung dagegen geschützt ist.“ —

[7]) Grolmann, Theorie des ger. Verf. §. 82a.

[8]) Martin, Lehrb. §. 123a.

[9]) Bayer, Vorträge (7. Auflage) S. 415. In der so eben erschienenen neuesten (8.) Auflage ist S. 735 ff. diese Ansicht festgehalten und nur näher entwickelt. Denselben Grundsätzen folgen: Glück, Commentar Bd. 21, Abth. 2 S. 248; Linde, Lehrbuch (4. Auflage) S. 242 und A. m.

Diese gemeinrechtliche Prozeßtheorie galt bis zur Einführung des Code Napoléon auch in Baden, da bekanntlich die O.G.O. hierin nichts Abweichendes bestimmt hat.

III.

Entstehung der §§. 362 und 363.

Mit Einführung des Code Napoléon trat an die Stelle der gemeinrechtlichen Lehre über das qualifizirte Geständniß der L.R.S. 1356 Abs. 3, welcher die Untheilbarkeit des Geständnisses verordnet.

Nicht allein in Frankreich, sondern auch unter den badischen Juristen wurde ein sehr lebhafter Streit über den Sinn dieser Bestimmung des C. c. geführt. Zwei ausgezeichnete badische Praktiker verfochten die streng wörtliche Bedeutung derselben unter Aufwand großen Scharfsinns mit Gründen der Wissenschaft und der Moral, unter Ausdehnung der Bestimmung auf eigentliche Einreden, wie z. B., wenn der Beklagte den Klaggrund zugesteht, zugleich aber mit dem Geständniß die Zahlung behauptet. [10]) Sie konnten für ihre Meinung die Ansicht Pothier's, welchem in so vielen Punkten die Verfasser des Code civil gefolgt sind, und vieler anderer bedeutender Autoritäten anführen.

Auch Brauer in seinen Erläuterungen hat bekanntlich den Satz 1356 in diesem Sinn aufgefaßt, wenn er seine Ansicht auch nicht ganz konsequent durchführte.

Dagegen vertheidigte Duttlinger [11]) die Ansicht, daß der Satz 1356 nichts Anderes verordnet habe, als was im gemeinen deutschen Prozesse hierin Rechtens sei und entwickelte dabei die Grundsätze des gemeinen deutschen Prozeßrechts. Wir können die Richtigkeit seiner Ausführung hinsichtlich des erstern Satzes da hingestellt sein lassen; seine Ausführung ist aber in dem andern, die Darstellung des gemeinen Prozeßrechts enthaltenden Theile für unsere

[10]) Von Kettenacker und Wolff im Archiv für badische Rechtspflege und Gesetzgebung Bd. I. S. 593. 619. Ebenso: Hebäus, über das qualifizirte Geständniß.

[11]) Ebendaselbst Bd. I. 170. 376.

Frage von großer Wichtigkeit, weil er einestheils als Lehrer des gem. d. Prozeßrechts mit diesem genau vertraut war, anderntheils aber bei Abfassung des neuen Prozeßgesetzbuchs als Mitglied der großh. Gesetzgebungskommission mitwirkte.

Wir finden nun an der Spitze seiner Abhandlung fast wörtlich übereinstimmend mit den obenangeführten Rechtslehrern des gemeinen Prozeßrechts den Satz:

„Wer ein Recht, oder eine Befreiung von Rechten oder Anmaßungen Anderer, vor Gericht verfolgt, ist schuldig die noch ungewissen Thatsachen, deren Wahrheit das Recht oder die Befreiung nothwendig voraussetzt, zu beweisen. Dies gilt vor Allem von dem *Klagrecht*, — es gilt aber in ganz gleicher Weise von den Exceptionen, den Repliken ꝛc." (S. 376.)

Auf die Erörterung der Streitfrage näher eingehend behauptet auch Duttlinger, daß nichts Besonderes für das qualificirte Geständniß gelte. (S. 190—192). Er nimmt ebenfalls nur die zwei möglichen Fälle an, daß die Beschränkung des Geständnisses entweder in einem *Abläugnen* eines Theils des faktischen Klaggrundes, oder aber im Vortrag *neuer eigener Thatsachen* bestehe, welche den Grund einer Einrede ausmachen. (S. 190. 377). Darnach bestimme sich mit Anwendung jenes allgemeinen Grundsatzes die Beweislast, und zwar auch für den Fall, daß das qualificirte Geständniß beides zugleich, eine Abläugnung und einen selbstständigen Befreiungsgrund, enthalte. (S. 192 V.) —

In die Zeit dieses lebhaften Meinungskampfes fiel die Bearbeitung der neuen bad. Pr.O., bei welcher daher die Gesetzgebung nothwendig den Streit zur Entscheidung bringen mußte. Sie entschied sich für die *Rückkehr* zu der von Duttlinger vertheidigten *gemeinrechtlichen Theorie* und hob im §. 363 den Abs. 3 des L.R.S. 1356 auf. Daß dem so sei, hat uns Duttlinger selbst nach dem Erscheinen des Entwurfs der Pr.O. im Bd. II. des Archivs S. 176 (1832) mit den Worten referirt:

daß zu den von ihm für seine Ansicht angerufenen Autoritäten nun wenigstens *insoweit es sich de lege ferenda handle* (und das ist hier gerade das Entscheidende) noch eine weitere gekommen sei, indem seine Theorie von der großh. Gesetzgebungskommission im §. 401 des Entwurfs der Pr.O. (welcher buchstäblich unser jetziger §. 363 ist) angenommen worden sei.

Diese *Rückkehr zu dem gemeinrechtlichen Prozeßrechte* bestätigt auch *von Weiler*, bekanntlich ebenfalls Mitglied jener Gesetzgebungskommission, in seinen Motiven zu Tit. XX. der Pr.O. in einer Weise, die keinen Zweifel darüber übrig läßt, daß auch im Schooße der Gesetzgebungskommission der im Archiv geführte Kampf der beiden bezeichneten Meinungen geführt wurde und daß in dem §. 401 (363) die von Duttlinger vertheidigte gemeinrechtliche Theorie zum Siege gelangt ist.

Zu allem Ueberfluß wird dies aber auch noch von einem dritten, ausgezeichneten Mitgliede jener Gesetzgebungskommission, *Mittermaier*[12]) bezeugt, von keinem andern Mitgliede derselben aber gegen die Richtigkeit dieser Zeugnisse ein Zweifel erhoben.[13])

Steht aber hiernach ganz unzweifelhaft fest, daß die Pr.O. die gemeinrechtliche Theorie über Beweispflicht und beschränktes Geständniß adoptirt hat, so kann auch darüber kein Zweifel mehr obwalten, daß dem §. 363 die Absicht, außer den gemeinrechtlichen, den ganzen Begriff der Beschränkung des Geständnisses ausfüllenden Bestandtheilen des *Abläugnens* und der *Einreden, Repliken* ꝛc. (der selbstständigen Befreiungsgründe), noch das durch die neue Theorie ersonnene *dritte* Gebilde zu erschaffen, völlig fremd ist. Es dürfte daher auch wohl gerechtfertigt erscheinen, wenn wir auf dieses historische Auslegungsmoment schon im Eingang dieser Erörterung die Hauptbetonung legten. Angesichts dieses historischen Gangs der einheimischen Gesetzgebung kann die Auslegung der §. 362 und 363 wohl nur folgende sein:

IV.

Auslegung.

Der §. 362 stellt den allgemeinen Grundsatz über die Beweislast auf; der §. 363 will, indem er speciell vom beschränkten Geständniß handelt, jenen allgemeinen Grundsatz bezüglich des beschränkten Geständnisses nicht abändern, sondern nur dessen Anwendung darauf näher und zwar dahin bestimmen, daß das beschränkte Geständniß nicht mehr, wie es der L.R.S. 1356 verordnet, untheilbar, sondern trennbar sein soll, daß folgeweise die Beschrän-

---

[12]) Archiv für civil. Praxis Bd. **XVI.** S. 86.

[13]) Daß hiergegen der im cit. Archiv Bd. **III.** S. 463 gemachte Versuch, den *aufgehobenen* Satz 1356 Abs. 3 als *nicht* aufgehoben darzustellen, nicht in Betracht kommen könne, ist von selbst klar.

kung das Geständniß nicht mehr für die Gegenpartei, wenn sie es nicht mit der Beschränkung annehmen will, unnütz sein, vielmehr dem im §. 362 aufgestellten Prinzip und dem Begriffe des Geständnisses gemäß das Zugestandene ihm zum Vortheil gereichen und er nur insoweit noch zum Beweis verpflichtet sein soll, als die Beschränkung eine Ableugnung des Klaggrundes, der Thatsachen, der Klage, enthält, und daß dagegen — wieder nach dem in §. 362 aufgestellten Prinzip — der das beschränkte Geständniß Ablegende die Beschränkungen, welche selbstständige Befreiungsgründe enthalten, selbst zu beweisen habe. Zu der Bestimmung in §. 363 war dem Gesetzgeber durch den vorangegangenen Streit und die erkannte Nothwendigkeit, die Untheilbarkeit des beschränkten Geständnisses ausdrücklich aufzuheben, und zu erklären, daß es künftig auch beim qualificirten Geständniß nach der allgemeinen Norm des §. 362 gehalten werden solle, d. i. der Gestehende im Umfang des Zugestandenen den Gegner vom Beweis befreie, den in der Beschränkung liegenden selbstständigen Befreiungsgrund aber selbst beweisen müsse, eine hinreichende Veranlassung gegeben, so daß es also der Unterstellung in der bekämpften Ansicht durchaus nicht bedarf. Der Gesetzgeber hätte seine Absicht zwar vielleicht noch deutlicher ausdrücken können; sie erscheint jedoch für den, welcher den historischen Hergang, wie wir ihn eben dargestellt, kennt, deutlich genug ausgesprochen, um zu der Ueberzeugung zu gelangen, daß der Gesetzgeber, weil er hierin zum gemeinen Prozeßrechte zurückkehren wollte, unmöglich etwas anderes in §. 363 habe vorschreiben wollen, als was im letztern galt und was er im §. 362 klar und bestimmt als allgemeine Norm aufgestellt hat. Hätte der Gesetzgeber etwas so Abnormes bestimmen wollen, als die bekämpfte Ansicht in den §. 363 hineinlegt, so wäre das keine Rückkehr zum gemeinen Prozeßrechte, sondern eine wesentliche Abweichung davon, welche nicht nur das Gesetz selbst in einer ganz andern bestimmten Fassung ausgedrückt haben würde, sondern sicherlich auch die genannten drei Mitglieder der Gesetzgebungskommission bemerklich zu machen nicht unterlassen hätten.

Diesen Gründen gegenüber muß daher das für die neue Auslegung geltend gemachte alleinige Argument als unzuläßig, jedenfalls aber als unausreichend erscheinen, zumal, wenn man noch in Erwägung zieht, daß es ja nicht so selten ist, daß der Gesetzgeber eine allgemeine Regel für einen speziellen Fall, wo er solches aus besondern Gründen für nöthig oder zweckmäßig erachtet, wiederholt. Es ließen sich aus der Pr.O. selbst hierfür Belege genug anführen; es mag genügen, auf §. 365 vrgl. mit §. 340 ff. und §. 1043 vrgl. mit §. 800 hinzuweisen.

V.

Anwendung.

Es ist demnach bei dem beschränkten Geständniß in jedem einzelnen Fall nur zu untersuchen:

> Was ist von den Thatsachen, die zur Begründung der Klage ꝛc. ꝛc. vorgetragen wurden und zur Rechtfertigung des Begehrens vorzutragen waren, a. zugestanden? was ist (in der dem Geständniß beigefügten Beschränkung), b. Abläugnung, und was c. selbstständiger Befreiungsgrund?

Diese Fragen in jedem einzelnen Falle richtig zu beantworten, ist freilich nicht leicht. Die Aufgabe wird aber wesentlich erleichtert, wenn man sich dabei streng an den Begriff und die Erfordernisse des gerichtlichen Geständnisses hält und namentlich an das Erforderniß der Absicht des Gestehenden. Man wird dann nicht so leicht in die Gefahr kommen, ganz im Widerstreit mit den Grundsätzen der Logik und des gemeinen Prozeß-Rechts aus dem Geständniß etwas ganz anderes zu machen, als es wirklich, d. i. nach der Intention des Gestehenden, ist und sein soll; und dieser Vorwurf trifft in der That die neue Theorie. Das Geständniß ist ein Verzicht auf das Recht, vom Gegner den Beweis seiner thatsächlichen Behauptungen zu verlangen, und wie jeder Verzicht streng zu interpretiren. — Zur richtigen Lösung der Aufgabe ist ferner nöthig sich zu fragen: was zur rechtlichen Begründung des Anspruchs (Begehrens) erforderlich ist? Diese Frage führt allerdings nach Gönner's richtiger Bemerkung auf die Rechtstheorie und die wesentlichen Voraussetzungen der Klage zurück, und Angesichts dieser kommt es, um mit den Worten dieses Schriftstellers zu sprechen, darauf an: **ob die eingestandenen Punkte ganz die Sphäre der Begebenheiten umfassen, ohne deren Gewißheit vom Richter das Recht des Klägers nicht anerkannt werden kann**, oder, wie Bayer sich ausdrückt: **ob, wenn die Abweichungen in der geschichtlichen Darstellung des Beklagten wahr wären, die Klage an sich ihrem**

Wesen nach doch als rechtlich begründet erschiene, oder nicht? Soweit dies nicht der Fall, bleibt dem Kläger die Beweislast. Trifft dagegen das aufgestellte Kriterium zu, so fällt jede Beweispflicht des Klägers weg, und was noch weiteres oder anderes im beschränkten Geständniß (in der Beschränkung) liegt, hat entweder die Natur der Einrede (eines Befreiungsgrundes), oder es ist endlich ganz unerheblich und kommt dann gar nicht in Betracht, da nur Erhebliches sich zur Beweisauflage eignet. Ein anderes Mittelding von prozessualischer Bedeutung außer dem Abläugnen und selbstständigen Befreiungsgrund ist in der Beschränkung (vom eigentlichen Geständniß getrennt gedacht) nach obiger Ausführung nicht zu finden. Der mögliche Inhalt des qualificirten Geständnisses wird daher immer sein: 1) Geständniß, 2) Abläugnen, 3) selbstständiger Befreiungsgrund, 4) Unerhebliches. Letzteres wird freilich selten vorkommen, es gehört dazu Alles das, was weder unter 1, 2 noch 3 fällt. Darum haben wir die Worte: „von prozessualischer Bedeutung" besonders betont. Dabei ist es, wie ebenfalls schon von Gönner bemerkt wurde, gleichgiltig, ob ein zur Begründung des Anspruchs gesetzlich nothwendiger Umstand in der Klage ausdrücklich angeführt, oder verschwiegen ist. Sobald ein solcher vom Gegentheil hervorgehoben und bestritten wird, fällt er unter die allgemeine Regel des §. 362. Denn es kommt nicht auf die Form der Vorträge an, sondern auf die Sache selbst.

Mit Hülfe dieser leitenden Gesichtspunkte dürfte es nicht mehr so schwierig sein, sich in jedem einzelnen Falle zurecht zu finden, und namentlich auch in den häufigen Fällen, in welchen die Beschränkung des Geständnisses durch Bedingung und Zeit vorkommt. Da dem Kläger sein Anspruch nicht zuerkannt werden kann, wenn der Beklagte die Unbedingtheit oder Unbetagtheit bestreitet (mag der Kläger selbst davon Erwähnung gethan haben oder nicht), so muß der Kläger die Unbedingtheit oder Unbetagtheit beweisen, wie auch in den beiden Fällen der Jahrb. X. 27 u. des Magaz. II. 471 vom obersten Gerichtshof erkannt wurde. Daß dabei oft über eine Negative der Beweis auferlegt werden muß, kann, wie längst anerkannt ist [14]), kein Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Theorie erregen. Bei Klagen aus Verträgen kann der Kläger seinen Anspruch nur so machen, wie er im Vertrag stipulirt wurde. Wird daher geradezu oder im Weg der sog. exc. rei non sic sed aliter gestae der vom Kläger behauptete (beziehungsweise zu behauptende) Sachverhalt des Vertrags widersprochen, so trifft ihn nach der Regel des §. 362 die Beweislast, ohne daß es darauf ankommen kann, ob so viel zugestanden wurde, als im Allgemeinen zur Begründung einer Klage, z. B. aus Kauf nöthig ist. Und hierin hauptsächlich unterscheidet sich unsere Ansicht von der Begründung in der Entscheidung in den Annalen XXIII. 70 und der Ausführung in den Jahrb. X. 27 ff. Es handelt sich in solchen Fällen nicht allein darum, ob man z. B. über Waare und Preis einig sei, sondern auch darum, ob man in der vom Kläger behaupteten Weise einig geworden sei, oder unter (vom Gegentheil behaupteten) andern Verhältnissen (Bedingungen rc.), welche im Fall ihrer Wahrheit den Anspruch als unstatthaft erscheinen lassen. (Gönner und Bayer.) Nur dann, wenn die Bedingung oder der Nebenumstand, auf den der Beklagte sich beruft, später, nach Abschluß des Vertrags verabredet worden wäre, würde die Behauptung (Beschränkung) den Charakter eines Befreiungsgrundes annehmen, den der Beklagte zu beweisen hat. Die ältern Prozessualisten haben dies durch die Unterscheidung zwischen capita connexa und non connexa (separata) ausgedrückt. Es wird kaum der Erwähnung bedürfen, daß nur die Theile eines Vertrags im bemerkten Sinne als cap. connex. gelten können, welche mit dem Klaganspruch in der Verbindung einer Bedingung desselben stehen, keineswegs aber auch solche, welche etwa für sich getrennt darin enthalten sind und entweder besondere Ansprüche des Beklagten, oder als Resolutivbedingungen die Erlöschung der Verbindlichkeit, mithin Einreden oder Widerklagen begründen können. Hinsichtlich der Resolutivbedingungen wird sich hier auf das schon oben (II.) gelegenheitlich Bemerkte bezogen.

Soweit darf jedoch diese Ansicht nicht ausgedehnt werden, daß auch die Behauptung von Zwang, Betrug und Irrthum als ein den Kläger zum Beweis des Gegentheils des freien Consenses verpflichtender Widerspruch des letzteren betrachtet werden könnte. Abgesehen davon, daß das Gesetz diese Behauptungen ausdrücklich als Einreden behandelt und den Beweis dem sie Behauptenden zuweist (L.R.S. 1116 und 1116a), führt schon die Betrachtung zu demselben Ergebniß, daß die Thatsachen, womit die genannten Rechtsmängel zu begründen sind (L.R.S. 1117b), nicht zum Rechtsgeschäft (Vertrag) gehören, wie z. B. die Einigung über Waare und Preis beim Kauf, sondern daß sie etwas außerhalb des Vertrags Liegendes, Besonderes sind, ein Thatverhältniß, welches eben dadurch die Natur eines Befreiungsgrunds annimmt,

[14]) Gönner a. a. O. S. 405.

der sich nur dadurch von den andern Befreiungsgründen unterscheidet, daß er in gleichzeitiger zufälliger Verbindung mit dem Vertrag, im Gegensatz der innern Verbindung des eigentlichen caput connexum, vorkommt.[15]) Dieselbe Bewandtniß hat es auch mit der Simmulation, die darum stets von der Praxis als Einrede behandelt wurde. Man könnte auch mit der gleichen Wirkung sagen, daß eine Rechtsvermuthung dafür spricht, daß ein Vertrag das, was er darstellt, auch wirklich sei, und nicht das Gegentheil oder überhaupt etwas ganz Anderes; und daß ein Vertrag von frei handelnden Rechtssubjekten geschlossen worden sei.

Das Schlußergebniß unserer Untersuchung läßt sich daher dahin zusammenfassen:

Daß auch beim Geständniß mit Beschränkungen die Beurtheilung der Beweispflicht sich nach der Norm des §. 362 Pr.O. richte, daß die Beschränkung des Geständnisses immer nur zweierlei prozessualische Momente, **Abläugnen** der Klagthatsachen oder **selbstständige Befreiungsgründe**, enthalte, und daß mithin der Richter allemal nur einfach die Frage: ob nach Ausscheidung des Zugestandenen die Beschränkung eine Abläugnung der den Anspruch der Gegenpartei bedingenden Thatsachen, oder einen selbstständigen Befreiungsgrund (Einrede, Replik ꝛc.) enthalte, zu untersuchen, und sofort nach §. 362 Pr.O. zu verfahren habe. X.

[15]) Der bekannten Unterscheidung in rechtserzeugende, rechtshindernde und rechtszerstörende Thatsachen liegt dieselbe Anschauung zu Grund. Für die ersteren erklärte man den Kläger, für beide letztern den Beklagten als beweispflichtig.

II.

Ueber die Zulässigkeit eines Recurses gegen hofgerichtliche Urtheile in Zollstraffachen.

(Annalen XXI. 224, XXII. 270.)

Pastetenbäcker Johann Georg Hummel in Kehl wurde im Jahre 1854 bei dem großh. Bezirksamte Kork in Untersuchung genommen wegen Defraudation des Eingangszolles von 10 Flaschen eingemachter Trüffel und von 962 Pfund in seinem Laden aufgefundener eingedämpfter Trüffeln, Sardinen in Oel und Champignons in Butter.

Das großh. Bezirksamt Kork erließ in dieser Untersuchungssache unterm 27. April 1855 ein Urtheil dahin, daß der Angezeigte der Defraudation des Eingangszolles von 10 Flaschen eingemachter Trüffel für schuldig zu erklären und deßhalb unter Confiskation der Waare zur Nachzahlung des Eingangszolles mit 3 fl. 51 kr. und zur Erlegung des vierfachen Betrags als Strafe mit 15 fl. 24 kr. zu verurtheilen sei; zugleich wurde derselbe wegen Unterlassung der Führung eines Handelsbuches und wegen Mangels an Ausweis über erfolgte Versteuerung der in seinem Laden vorgefundenen zollpflichtigen Gegenstände zur Zahlung einer Controlstrafe von 25 fl. verfällt.

Auf gegen dieses Urtheil von der großh. Zollbehörde ergriffenen Recurs wurde dasselbe durch Urtheil großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises vom 15. Dezbr. 1855 dahin abgeändert, daß der Angeschuldigte außerdem auch noch der Defraudation des Eingangszolles für weitere 962 Pfund an eingedämpften Trüffeln, Sardinen in Oel und Champignons in Butter für schuldig zu erklären und deßhalb unter Confiscation dieser in seinem Laden vorgefundenen Waaren zur Nachzahlung des Eingangszolles dafür mit 185 fl. 11 kr. und zu einer Geldstrafe des vierfachen Betrags, nämlich von 740 fl. 44 kr. zu verurtheilen sei.

Gegen dieses zweitinstanzliche Urtheil ergriff der Angeschuldigte den Recurs an großh. Oberhofgericht, welcher jedoch durch Urtheil vom 23. April d. J. als unstatthaft verworfen wurde.

Die Entscheidungsgründe des höchsten Gerichtshofes lauten:

Nach Art. 8 des Gesetzes vom 22. Juni 1837 (Regierungsblatt No. 20) in Verbindung mit den §§. 110 und 114 des Einführungsgesetzes vom 5. Februar 1851 und §. 274 der St.Pr.O. findet nämlich in Zollstraffachen eine dritte Instanz ausnahmsweise nur dann statt, wenn auf den Recurs der Verwaltungsbehörde das Hofgericht auf eine höhere Strafe erkannt hat, als das Bezirksamt selbst zu erkennen befugt gewesen wäre. Ein solcher Ausnahmsfall liegt aber hier nicht vor.

Der Angeschuldigte ist nur wegen einer einfachen ohne die Erschwerungen der §§. 34—40 des Zollstrafgesetzes vom 3. August 1837 verübten nach §. 25 dieses Gesetzes mit einer festbestimmten Geldstrafe bedrohten Eingangszolldefraudation in Untersuchung gezogen worden, zu deren Aburtheilung in erster Instanz nach den §§. 16 No. 27 und 17 des Einf.Ges. das großh. Bezirksamt Kork ohne alle Beschränkung seiner Strafbefugniß zuständig war.

Es wäre sonach schon das Bezirksamt Kork befugt gewesen, in erster Instanz die Strafe zu erkennen, welche das großh. Hofgericht in zweiter Instanz auf den von der fiscalischen Zollbehörde gegen das amtliche Urtheil ergriffenen Recurs ausgesprochen, und welche das Amt Kork nur deßhalb nicht erkannt hat, weil es die Defraudation nicht in dem Umfange für erwiesen hielt, in welchem das großh. Hofgericht dieselbe durch die amtliche Untersuchung als hergestellt erachtete.

Link.*)

*) Referendär in Kork.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 30.

I.

1) Steht dem Schwurgerichtshof das Recht zu, den Beschädigten, welcher sich dem Strafverfahren angeschlossen hatte, mit seinem Entschädigungsanspruche vor den bürgerlichen Richter zu verweisen, wenn der Angeklagte deßhalb freigesprochen worden ist, weil die Geschworenen die Thatfrage verneint haben?

Str.Pr.O. §. 333.

2) Wenn der Schwurgerichtshof dieses gethan hat, kann alsdann der Angeklagte vor dem bürgerlichen Richter die Einrede der Rechtshängigkeit, oder der Unzuständigkeit vorschützen und verlangen, von dem Strafrichter abgeurtheilt zu werden?

3) Wenn der Wahrspruch der Geschworenen einzelne Thatfragen bejaht, andere verneint, hat alsdann der vor dem bürgerlichen Richter belangte Angeklagte das Recht, den ihm günstigen Theil des Wahrspruches für sich geltend zu machen, gleichwie der Beschädigte die zu seinem Vortheile sprechenden Theile desselben?

§. 18 des Gesetzes vom 6. März 1845 über die bürgerlichen Folgen der Verbrechen.

4) Ist Eideszuschiebung darüber zulässig, daß der Delat eine beschädigende That in fahrlässiger Weise begangen habe?

Pr.O. §. 530.

5) Sind die Berufungsverhandlungen vor dem Unterrichter zu pflegen, wenn der Streitgegenstand eine jährliche Rente bildet, welche dem Beschädigten wegen unrechter That des Beklagten gezahlt werden soll?

§. 642. a, 1185 a Pr.O.

Am 6. November 1854 geriethen Bernhard Ochs und Ludwig Werstein mit einander in Streit. Während des Ringens schwang Ochs den Werstein um sich herum, und wahrscheinlich in Folge eines unvorsichtigen Tritts in eine etwa einen Schuh tiefe Wasserrinne stürzte der gleichzeitig mit Ochs zu Boden fallende Werstein so unglücklich mit dem Kopfe an die dem Kampfplatze nahe gelegene Stadtmauer von Ettlingen, daß er davon eine schwere Verletzung davontrug, welche nach wenigen Stunden seinen Tod zur Folge hatte. Es wurde gegen Ochs eine Untersuchung wegen Tödtung eingeleitet, welcher sich die Wittwe des Werstein in eigenem, wie im Namen ihrer Kinder behufs der Erwirkung einer Entschädigung anschloß. Ochs wurde wegen fahrlässiger, durch vorsätzliche Körperverletzung verursachter Tödtung vor das Schwurgericht des Mittelrheinkreises gewiesen. Nach gepflogener öffentlicher Verhandlung gaben die Geschworenen ihren Ausspruch dahin:

„Der Angeklagte sei zwar schuldig, den Schneider Werstein zu Boden geworfen und ihm eine Verletzung beigebracht zu haben, welche seinen Tod am nämlichen Tage noch herbeiführte, er habe aber bei seiner Handlung die Absicht nicht gehabt, den Werstein zu mißhandeln, auch nach allgemeiner Erfahrung selbst bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit den Tod des Werstein nicht einmal als die nur sehr unwahrscheinliche Folge seiner Handlunng vorhersehen können."

Darauf erkannte der Schwurgerichtshof, „daß der Angeklagte der fahrlässigen, durch vorsätzliche Körperverletzung verursachten Tödtung des Werstein freizusprechen, der Werstein's Wittwe aber die weitere Verfolgung ihrer Entschädigungsansprüche vor dem bürgerlichen Richter vorzubehalten sei.“

Nun erhob die Werstein's-Wittwe eine Entschädigungsklage auf Zahlung von 600 fl. vor dem bürgerlichen Richter gegen Ochs, worin sie behauptete, daß der Beklagte dadurch, daß er ihren Mann an die Ettlinger Stadtmauer geworfen, die Ursache seines Todes, wenn auch nur durch Fahrlässigkeit, geworden sei. Dieß stellte der Beklagte in Abrede. Der Unterrichter gab der Klägerin den Beweis ihrer Behauptungen auf, welchen sie durch Berufung auf die Untersuchungsakten, durch Benennung eines Zeugen, und dazu noch eventuell bezüglich der Fahrlässigkeit, womit Beklagter zu Werke ging, durch Eideszuschiebung antrat.

Auch der Beklagte berief sich seiner Seits auf die Untersuchungs- und namentlich auch auf die schwurgerichtlichen Akten, in welchen bereits rechtskräftig festgestellt sei, daß er den Tod des Werstein auch nicht einmal als die sehr unwahrscheinliche Folge seiner Handlung habe vorhersehen können, er somit auch nicht fahrlässig gehandelt habe. Den Eid, daß er den Tod des Werstein habe vorhersehen können, hielt er für unzulässig, weil derselbe keine bestimmte Thatsachen zum Gegenstande habe. Insbesondere schützte er aber die Einrede vor, daß der bürgerliche Richter gar nicht zuständig sei, indem er, der Beklagte, von dem Schwurgerichtshofe nicht etwa wegen mangelnden Beweises seiner Schuld, sondern deßwegen freigesprochen worden sei, weil sich seine Schuldlosigkeit herausgestellt habe, und seine Handlung daher keine gerichtlich strafbare sei. Dieß zeige deutlich der Wahrspruch der Geschworenen. Nach dem §. 333 St.-Pr.O. könne daher die Entscheidung über die Entschädigungsklage nicht vor den bürgerlichen Richter verwiesen, sondern müsse von dem Strafrichter gegeben werden. Zudem könne die Klägerin auch keinen Kapitalbetrag, sondern nur eine Rente, deren Dauer nach der noch wahrscheinlichen Lebensdauer des Getödteten zu bemessen sei, fordern; worauf die Klägerin erklärte, daß sie sich auch eine solche Rente gefallen lasse.

Der Unterrichter erkannte auf den dem Beklagten zugeschobenen Eid in der Formel:

> Es ist nicht wahr, daß ich bei dem Ringen mit dem Ehemann der Klägerin vorhergesehen habe, daß dieser, als ich ihn zu Boden warf, an die Stadtmauer fallen, und dadurch eine tödtliche Verletzung erhalten könne,

und machte von der Verweigerung dieses Eides die Zahlung einer zehnjährigen Rente von je 30 fl. abhängig.

Hiegegen appellirte nun die Klägerin, indem sie die unbedingte Verurtheilung des Beklagten zu einer 10jährigen Rente von je 104 fl., oder eventuell eine sofortige Zahlung von 600 fl. als Entschädigung begehrte.

Das mittelrheinische Hofgericht bestätigte das angefochtene Urtheil. Die Entscheidungsgründe, insoweit sie nicht Punkte berühren, welche weniger mittheilenswerth erscheinen, oder das bereits mitgetheilte Material enthalten, lauten also, und zwar:

1) In Beziehung auf die Frage, ob der Civilrichter zur Verhandlung zuständig sei:

„Der Beklagte hat — — — zu seiner Vertheidigung angeführt, daß die Klage überhaupt hätte abgewiesen werden sollen. Zur Begründung dieser Vertheidigung schützte er vor Allem die in der Appellationsvernehmlassung wiederholte Einrede der Rechtshängigkeit vor, indem der Entschädigungsanspruch der Klägerin, welche sich als Civilpartei dem Untersuchungsverfahren angeschlossen hatte, nach §. 333 St.-Pr.O. nicht von dem Civil-, sondern nur von dem Strafrichter entschieden werden dürfe.“ (Folgt nun die oben in dieser Beziehung gegebene Ausführung; und der Inhalt des Wahrspruchs der Geschworenen.) „Nach diesem Wahrspruche der Geschworenen und der unbedingten Freisprechung des Angeklagten war der Schwurgerichtshof wohl in der Lage, ein Erkenntniß über die im Wege der Anschließung geltend gemachte Entschädigungsforderung zu fällen. Allein er hat dieses nicht gethan, sondern er hat die Klägerin mit ihren Entschädigungsansprüchen vor den bürgerlichen Richter verwiesen: und gegen diesen Ausspruch sind von keiner Seite Rechtsmittel — deren Zulässigkeit überhaupt vorausgesetzt *) — ergriffen worden.

Dieser Ausspruch, womit das Schwurgericht die Erledigung der ihm zur Entscheidung unterbreiteten Entschädigungsansprüche von sich abweist, ist daher rechtskräftig geworden, und muß der Klägerin das Recht, ihre Forderung vor dem Civilrichter geltend zu machen, um so mehr

*) §. 339 St.-Pr.O. D. E.

wahren, als die Einrede der Rechtshängigkeit schon aus dem Grunde verwerflich ist, weil das Gericht, bei welchem der Rechtsstreit anhängig sein soll, das Schwurgericht des I. Quartals 1855 nach Beendigung seiner Funktionen erloschen, somit schon factisch gar nicht mehr im Stand ist, weitere Verhandlungen zu pflegen, und Entscheidung zu geben."

2) In Beziehung auf den Einfluß des Wahrspruchs der Geschworenen auf die Beweisführung vor dem bürgerlichen Richter:

„Nach dem unterrichterlichen Urtheile steht fest, daß in der Handlung des Beklagten die Ursache des Todes des Werstein liege, und nur die Beantwortung der Frage, ob der Beklagte dabei fahrläßig zu Werke gegangen sei, ist von einem dem Letztern auferlegten Eide abhängig gemacht. Die Klägerin begehrt aber unbedingte Verurtheilung des Beklagten, und beruft sich zum Beweise der Fahrläßigkeit des Beklagten auf den Inhalt der Untersuchungsakten, während auch seiner Seits der Beklagte auf diese Akten und insbesondere auf den bereits erwähnten Wahrspruch der Geschworenen sich stützt."

„Nach dem §. 18 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen vom 6. März 1845 ist es auch vollkommen zuläßig „sowohl was die Schuld des Beklagten, als was das Dasein und die Größe des Schadens betrifft, auf die im Strafverfahren erhobenen Beweise sich zu berufen," ohne daß eine nochmalige Erhebung derselben in den Formen des bürgerlichen Prozesses nothwendig fiele, und ebenso soll „wenn gegen den Beklagten im Strafverfahren ein verurtheilendes Erkenntniß ergangen ist, dasselbe auch zu Gunsten des erst nachmals mit einer bürgerlichen Klage aufgetretenen Beschädigten als bewiesen gelten, daß der Beklagte die That, deren das Erkenntniß ihn für schuldig erklärt, auch wirklich verübt habe."

„Gerade aus dieser Bestimmung geht aber hervor, daß, wenn die Sache bereits im Untersuchungsverfahren erledigt, ein verurtheilendes Erkenntniß aber nicht, sondern ein lossprechendes Urtheil ergangen ist — in welcher Form es auch sei, wenn nur eine Entschädigungsklage im bürgerlichen Verfahren überhaupt noch zuläßig ist — daß alsdann das freisprechende Urtheil, oder die lossprechenden Theile desselben im Verfahren vor dem bürgerlichen Richter als Rechtswahrheit nicht gelten können. Denn sonst würde ja die vor dem bürgerlichen Richter anhängig gemachte Entschädigungsklage durch das im Strafverfahren ergangene freisprechende Urtheil, wenn auch nur mittelbar bereits entschieden, und jede Verhandlung im bürgerlichen Verfahren geradezu illusorisch sein. Es ist vielmehr Sache des bürgerlichen Richters, wenn an diesen eine Entschädigungsklage gebracht, und sich auf die im vorangegangenen Strafverfahren wegen der beschädigenden unrechten That erhobenen Beweise berufen wird, diese Beweise seiner eigenen Prüfung zu unterziehen, und nach seinem eigenen Ermessen zu entscheiden, ob er darnach die in der Klage behaupteten Thatsachen für erwiesen erachte, oder nicht. So ist es daher hier Sache des bürgerlichen Richters zu prüfen, ob die Handlung des Beklagten, in welcher die wirkende Ursache des Todes des Werstein lag, mit einem so geringen Grade von Vorsicht vorgenommen worden ist, daß er ohne diese Nachläßigkeit nach allgemeiner Erfahrung oder nach seiner besonderen Kenntniß bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit oder Beflissenheit hätte voraussehen können, daß aus dieser Handlung der Tod des Werstein folge."

Folgt nun die Prüfung der Beweise, welche auch dem Civilrichter unzureichend schienen, um auch nur eine Fahrläßigkeit des Beklagten anzunehmen. Es wurde deßhalb das unterrichterliche auf Eid lautende Urtheil bestätigt.

Die Frage, ob hier Eideszuschiebung zuläßig sei, konnte nicht Gegenstand der hofgerichtlichen Prüfung sein, da der Beklagte nicht gegen das Urtheil appellirt hat. In der Formel, in welcher der Eid zugeschoben worden ist: „daß der Beklagte nicht vorhergesehen habe," kann über dessen Zuläßigkeit kein Zweifel herrschen, denn hier ist er über eine eigene Handlung des Delaten zugeschoben, §. 530 Pr.O. Allein diese Formel entspricht nicht dem Begriffe der Fahrläßigkeit. Wenn Jemand einen Erfolg vorhergesehen hat, und hat die den Erfolg herbei führende Handlung gleichwohl unternommen, so hat er diesen Erfolg gewollt, beabsichtigt, und dann ist nicht eine Fahrläßigkeit, sondern ein Vorsatz vorhanden. (§. 97 des St.G.B.) Der Begriff der Fahrläßigkeit beruht vielmehr gerade darin, daß Jemand einen bestimmten Erfolg hätte voraussehen können, wenn er seine Erfahrungen und seine Aufmerksamkeit angewendet hätte, daß er aber den Erfolg nicht vorher sah, weil er seine Erfahrungen und seine geistigen Kräfte nicht angewendet, und gleichwohl die beschädigende Handlung vorgenommen hat. Schiebt man daher Jemanden den Eid darüber zu, daß er fahrläßig gehandelt habe — so verlangt man ein Urtheil über seine Verfahrungsweise und Erfahrungen oder Kennt-

nisse und geistigen Fähigkeiten. Ein solcher Eid stimmt aber mit dem §. 530 Pr.O. offenbar nicht überein!

Dieser Rechtsfall bietet Veranlassung zur Erörterung der Frage, ob denn der Schwurgerichtshof die Wersteins Wittwe mit ihrer Entschädigungsklage mit Recht vor den Civilrichter gewiesen hat? oder um die Frage allgemeiner zu fassen, ob ein Schwurgerichtshof berechtigt ist, dem Beschädigten die Verfolgung seiner Ansprüche vor dem bürgerlichen Richter vorzubehalten, wenn die Geschworenen die ihnen vorgelegten Fragen über die Schuld des Angeklagten verneint haben?

Puchelt in Annalen 1852 S. 123 geht davon aus, daß in schwurgerichtlichen Verbrechen, bei welchen über die Thatfrage die Geschworenen, über die Entschädigungspflicht der Schwurgerichtshof erkenne, der letztere aus der durch die Geschworenen, gegebenen Beantwortung der an sie gestellten Fragen meistens nicht werde entnehmen können, ob die Geschworenen eine Frage deßhalb verneinten, weil sie den Beweis nicht für erbracht, oder den Beweis der Unschuld für gelungen ansehen, und sagt: „In solchen Zweifelsfällen dürfte die Rücksicht, daß dadurch vom Standpunkte des materiellen Rechts der Beschädigte geschützt, und der Angeschuldigte nicht verletzt wird, dahin führen, dem Beschädigten den Austrag im bürgerlichen Rechtswege vorzubehalten."

Ich bin anderer Ansicht. Nach §. 99 des Einf.-Ges. haben die Geschworenen die ihnen vorgelegten Fragen mit: Ja! oder: Nein! zu beantworten. Wenn daher, um auf den vorliegenden Fall zurückzukommen, die Geschworenen auf die Fragen, ob der Angeklagte die Absicht gehabt habe, den Werstein zu verletzen? ob er den Tod als die, wenn auch nur sehr unwahrscheinliche Folge seiner Handlung habe vorhersehen können? mit Nein antworteten, so haben sie den Angeklagten nicht etwa, weil sie über seine Schuld zweifelten, von der weiteren Verfolgung befreit, sondern sie haben ihn für nicht schuldig erklärt. Bestimmte Antworten sollen die Geschworenen durch ihr Ja! oder Nein! geben. Um jeder Zweideutigkeit, welche ein in anderer Form abgegebener Wahrspruch enthalten könnte, vorzubeugen, hat der Gesetzgeber diese kurze und entscheidende Art der Beantwortung vorgeschrieben. Wird aber hiernach Jemand für „nichtschuldig" erklärt, so enthält diese Entscheidung einen inneren Widerspruch mit der Annahme „doch schuldig, nur der Schuld nicht überwiesen!" Bei einem verneinenden Wahrspruche der Geschworenen, dem eine Freisprechung folgen muß, kann daher der am Schlusse des §. 333 St.Pr.O. erwähnte Fall gar nicht vorkommen: und sollte ein Schwurgerichtshof, etwa deßwegen, weil er nach seiner Auffassung der erhobenen Beweise die Unschuld des Angeklagten nicht für hergestellt erachtet, der Ansicht sein, daß die Freisprechung nur wegen mangelnden Beweises der Schuld erfolgt, und daß deßhalb von der Befugniß, die Entschädigungsfrage vor den bürgerlichen Richter zu verweisen, Gebrauch zu machen sei, so überschreitet er die ihm im schwurgerichtlichen Verfahren gesteckten Grenzen, und gibt in der Entschädigungsfrage, wenn auch nur indirekt ein mit dem Wahrspruche der Geschworenen nicht im Einklang stehendes Urtheil über die Thatfrage. Hiezu ist er aber ebensowenig berechtigt, als dazu, daß er seine mit dem Wahrspruche der Geschworenen geradezu im Widerspruche stehende Ansicht dem Urtheile über die Entschädigung zu Grunde liegt. Er ist vielmehr an den Wahrspruch der Geschworenen in der Entschädigungsfrage gerade ebenso gebunden, als in der Strafsache selbst.

Nach der St.Pr.O. hatte das urtheilende Gericht sich über die Thatfrage in dem entscheidenden Theile seines Urtheils gar nicht auszusprechen. Es hatte vielmehr den Angeklagten von der Anklage freizusprechen „sei es, weil der Thatbestand nicht hergestellt, oder die That nicht mit Strafe bedroht, oder der Angeklagte nicht überwiesen, oder wegen mangelnder Zurechnung oder gesetzlicher Entschuldigung straflos befunden worden ist." §. 244. Hiemit steht denn der §. 333 St.Pr.O. in vollkommenem Einklange: Die Vorschrift des §. 333 kann auch jetzt noch da, wo der Untersuchungsrichter oder das Hofgericht urtheilt, zur Anwendung gelangen; wenn aber ein Schwurgericht urtheilt, und die Geschworenen die Thatfrage mit „Nein!" beantworten, dann muß der Angeklagte nicht allein des ihm angeschuldigten Verbrechens freigesprochen, sondern es muß auch die Entschädigungsklage abgewiesen werden.

Obiger Rechtsstreit gab auch noch zu einer civilprozessualischen Frage Anlaß. Der Unterrichter erläuterte nämlich bei Verkündung des Urtheils den Partieen die Fristen des abgekürzten Verfahrens. Der appellantische wie der appellatische Anwalt waren dagegen der Ansicht, daß es sich hier nicht etwa „um eine Streitigkeit über Leistungen zu laufendem und künftigen Unterhalt" im Sinne des §. 642 [2] Pr.O. handle, weßhalb nach §. 1185 [2] die Appellationsverhandlungen vor dem Unterrichter zu pflegen seien, sondern vielmehr um eine Entschädigung

wegen unrechter That. Hier greife aber das ordentliche Verfahren Platz. Nur fürsorglich begehrten sie öffentliche Verhandlung nach §. 1188 Pr.O. Diesem letzteren Begehren entsprach zwar der Gerichtshof. Er ordnete jedoch die Verhandlung der Appellation vor dem Unterrichter an, weil hier, wenn auch auf den Grund eines zugefügten Schadens, doch immerhin die jährliche Rente, welche den Streitgegenstand jetzt bilde, etwas Anderes nicht sei, als eine Leistung zum Unterhalte der Wittwe Werstein und ihrer Kinder; deßhalb aber müsse §. 1185 Ziff. 3 Pr.O. zur Anwendung kommen. Ottendorff.

II.

1) Ansprüche auf Grunddienstbarkeiten gegen eine Gemeinde gehören stets vor die Gerichte.
2) Ueber das Wesen der Grunddienstbarkeiten überhaupt, insbesondere der Wasserleitung, und über den Satz: non datur servitus servitutis, sowie über die Anwendung des L.R.S. 2232. 2232a auf die Benützung der zum öffentlichen Gebrauche bestimmten Gemeindeanlagen, z. B. Wege u. dgl. m.

Als die Stadt Pforzheim die Wasserleitung, aus welcher die öffentlichen Brunnen gespeist werden, vor Kurzem hatte anders anlegen lassen, und ihr dadurch bedeutende Kosten erwachsen waren, beschloß sie, die bisher bestandene unentgeldliche Benützung der Wasserleitung zur Speisung von Privatbrunnen fernerhin nicht mehr zu dulden, hob daher diese Benützung auf und verlangte für deren Wiederherstellung eine mäßige Entschädigung. Verschiedene Besitzer von Privatbrunnen wollten sich dem nicht unterwerfen, und betraten den Rechtsweg, indem sie behaupteten, das Recht zum unentgeldlichen Bezug des für ihre Brunnen nöthigen Wassers aus der städtischen Wasserleitung durch Ersitzung als Grunddienstbarkeit gegenüber der Gemeinde erworben zu haben. Der Unterrichter erkannte auch zu Gunsten der Kläger, das mittelrheinische Hofgericht aber verwarf die Kläge als unbegründet.

Entscheidungsgründe
zum hofgerichtlichen Urtheile vom 24. Dezember 1855.
Dittler gegen Pforzheim.

Mit Unrecht ist von Seiten der Beklagten im zweiten Rechtszuge behauptet worden, es eigne sich der von dem Kläger geltend gemachte Anspruch nicht zur Zuständigkeit der Gerichte, weil es sich hier um eine im öffentlichen Interesse errichtete Brunnenleitung handle und Streitigkeiten, welche ein solches Institut beträfen, den Verwaltungsbehörden zur Entscheidung zugewiesen seien. Bei der Beantwortung der Frage, ob ein Recht vor den Gerichten verfolgt werden könne, kömmt es nämlich darauf an, ob jenes Recht privatrechtlicher Natur sei, oder sich auf das öffentliche Recht gründe.

Ist jenes der Fall, so sind nach §. 1 der Pr.O. die Gerichte ausschließlich zuständig; entbehrt aber der vor sie gebrachte Anspruch einer privatrechtlichen Grundlage, so haben sie denselben von sich zu weisen, und seine Erledigung den Verwaltungsbehörden zu überlassen. In dem vorliegenden Falle spricht der Kläger eine Grunddienstbarkeit an, welche ihm gegen die Stadtgemeinde Pforzheim zustehen, und durch Ersitzung erworben worden sein soll. Er gründet sein Recht auf die L.R.S. 688 und 690.

Unzweifelhaft liegt also hier ein privatrechtlicher Anspruch vor, und es muß daher auch Sache der Gerichte sein, zu entscheiden, ob derselbe begründet sei, oder nicht.

Dieser Anspruch stellt sich deßhalb als unbegründet dar, weil aus den Vorträgen des Klägers sich nicht ergibt, daß die angesprochene Berechtigung, welche der Kläger für eine Grunddienstbarkeit ausgibt, und nur als eine solche geltend macht, eine Grunddienstbarkeit sei.

Eine Grunddienstbarkeit ist nämlich nach L.R.S. 686 eine Last, welche einem Grundstücke zum Vortheile eines einem andern Herrn gehörenden Grundstücks in der Art auferlegt ist, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks zum Besten des herrschenden Grundstücks etwas zu leiden oder zu unterlassen verbunden ist.

Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts, 5. Aufl. 2. Bd. S. 54 Note 1.

Im vorliegenden Falle soll die Behausung des Klägers als herrschendes Grundstück betrachtet werden, und es kann dieses auch geschehen, denn zu ihrem Vortheil soll die Brunnenleitung, die Kläger anspricht, gereichen.

Dagegen hat der Kläger nirgends das dienende Grundstück bezeichnet, welchem die Last aufliegen soll, das zum Gebrauche seines Brunnens erforderliche Wasser ihm zu Theil werden zu lassen.

Er führt in dieser Beziehung nun an, sein Brunnen beziehe, schon länger als 30 Jahre, das nöthige Wasser aus einer Wasserleitung, die oberhalb Brötzingen beginne, sich durch das Enzthal bis zur Stadt Pforzheim hinziehe,

und hier unterhalb der Brötzinger Straße fortlaufe, die städtischen Brunnen mit Wasser versorgend. Sein Brunnen erhalte aus dieser Wasserleitung mittels einer Seitenleitung sein Wasser.

Diesen Wasserbezug habe die Beklagte, welche die bezeichnete Wasserleitung kürzlich einer durchgreifenden Verbesserung unterzogen habe, aufgehoben und sie wolle ihn dem Kläger nur dann wieder Wasser zukommen lassen, wenn er hiefür eine entsprechende Vergütung leiste.

Hiernach und nach dem heutigen mündlichen Vortrage des kläger'schen Anwalts ist der Gegenstand der behaupteten Dienstbarkeit das Wasser, welches durch die Hauptleitung oberhalb Brötzingen aus dem Enzflusse entnommen und in die Stadt Pforzheim zur Speisung der städtischen Brunnen geleitet wird.

Dieser Hauptwasserleitung soll danach die Last aufliegen, den Kläger mittelst einer Seitenleitung das für seinen Brunnen erforderliche Wasser aus seiner Hauptleitung beziehen zu lassen.

Ein solches Rechtsverhältniß ist aber keine Grunddienstbarkeit, da eine Wasserleitung kein Grundstück ist und eine Grunddienstbarkeit, wie oben schon bemerkt, nur an Grundstücken erworben werden kann.

Eine Grunddienstbarkeit des Klägers ließe sich z. B. dann annehmen, wenn er behauptete, er habe das Wasser für seinen Brunnen mittels einer Leitung über Grundstücke der Beklagten, aus dem Enzflusse oder einer Quelle, die ihm gehöre, bezogen, oder es besitze die Beklagte auf städtischem Grunde und Boden eine Quelle, die von dem Kläger oder seinen Rechtsvorfahrern zu einer Brunnenleitung benützt worden sei.

In jenem Falle wären die städtischen Grundstücke, über welche die Wasserleitung zöge, die dienenden, in diesem Falle bildete das Grundstück, auf dem sich die Quelle befindet, das dienende.

In einem andern Sinne kömmt auch eine Wasserleitungsgerechtigkeit in dem römischen Rechte, das die Hauptquelle des Landrechts in den Lehren von den Grunddienstbarkeiten, ist nicht vor.

> L. 1 pr. §. 1. L. 15. 21. 22. 24 de serv. pr. rust. (8. 3) §. 1. Inst. de serv. (2. 3) und hiezu Vinnii Comentarius zu dem Satze aquaeductus est ius aquae ducendae per fundum alienum Seite 233.

Unter einen andern Rechtsbegriff, als unter den einer Wasserleitungsgerechtigkeit (servitus aquaeductus) läßt sich der Anspruch des Klägers aber nicht bringen.

Daß der Rechtsvorfahrer des Klägers oder dieser selbst ein persönliches Recht auf den fraglichen Wasserbezug der Beklagten gegenüber erworben habe, ist nicht Gegenstand der Klage, die ausschließlich das dingliche Recht einer Dienstbarkeit verfolgt, und daher auch hier nicht weiter zu berücksichtigen.

Vorausgesetzt, daß eine Grunddienstbarkeit, wie sie der Kläger geltend macht, rechtlich denkbar wäre, so würde aus seinem Vortrage doch noch nicht hervorgehen, daß ihm der fragliche Wasserbezug als ein Recht eingeräumt worden sei, und daß die Beklagte sich habe verpflichten wollen, ihn für ewige Zeiten zu dulden.

Der Hauptzweck der in Rede stehenden städtischen Wasserleitung war von jeher der, die städtischen Brunnen mit dem nöthigen Wasser zu versehen.

Wenn nun nebenbei einzelnen Personen gestattet wurde, für ihre Privatbrunnen sich ebenfalls der städtischen Wasserleitung zu bedienen, so erwuchs daraus nach den L.R.S. 2232 und 2232a dem Rechtsvorfahrer des Klägers kein Recht auf den fortwährenden Bezug des Wassers für seinen Brunnen aus der städtischen Wasserleitung und wurde hiedurch auch keine Verpflichtung der Beklagten zur fortdauernden Wasserabgabe aus ihrer Leitung an den Kläger begründet, wenn auch jener Wasserbezug noch so lange gedauert hat, da hier nach L.R.S. 2240 von einer Ersitzung keine Rede sein kann.

Aus diesen Gründen und mit Rücksicht auf §. 168 der Pr.O. wegen der Kosten, wurde, wie geschehen, erkannt. X.

III.

1) **Rechte, die auf privatrechtlichen Titeln beruhen, können durch Verfügungen der Administrativbehörden nicht gekränkt werden und bei Eingriffen in solche Rechte kommt es auf den Grad der Verletzung nicht an, sobald eine solche überhaupt als widerrechtlich erscheint.**

2) **Die L.R.S. 644. 645 haben fließendes Wasser im Auge, dessen Lauf durch die Natur bedingt ist und das sich in keines Einzelnen Eigenthum befindet, und sie finden keine annaloge Anwen-**

dung auf künstliche durch menschliche Vorrichtungen begründete Wasserleitungen.

3) Die L.R.S. 696 und 697 setzen eine bereits rechtsgiltig begründete Dienstgerechtigkeit voraus.

Die israelitische Gemeinde Worblingen hatte im Jahre 1851 eine Badanstalt errichtet und aus einem bei der Mühle der Sonntag'schen Eheleute befindlichen Wasserkanale das Wasser dahin abgeleitet. Auf deßfallsige Beschwerde der Müller Sonntag'schen Eheleute wurde von dem Bezirksamt R. als Verwaltungsbehörde der israelitischen Gemeinde das Recht zur bestrittenen Wasserleitung zuerkannt und von der Kreisregierung auf den hiegegen ergriffenen Rekurs die amtliche Verfügung bestätigt.

Nun erhoben die Sonntag'schen Eheleute beim Gericht eine Negatorienklage, der Unterrichter entsprach dem deßfallsigen Begehren, das Hofgericht wies dagegen die Kläger mit ihrer Klage ab, von großh. Oberhofgericht wurde aber das unterrichterliche Urtheil wieder hergestellt aus folgenden Gründen:

Die erhobene Klage ist eine Negatorienklage, womit der Beklagten die Befugniß bestritten wird, aus einem bei der Mühle der Kläger befindlichen Wasserkanale das Wasser zu ihrem im Jahre 1851 errichteten Badhause abzuleiten und es ist die Klage auf die Behauptung des ausschließlichen Eigenthums der Kläger am fraglichen Kanale und eines unfürdenklichen Besitzstandes an solchem gestützt, deren Begründetheit somit auf die L.R.S. 544. 544 e gebaut.

Die beklagte Gemeinde sucht sich damit gegen die Klage zu schützen, daß sie nicht nur durch die Vorgesetzten zur Errichtung des Bades genöthigt und ihr von der zuständigen Administrativbehörde die jetzt bestrittene Wasserleitung gestattet worden sei, sondern daß durch solche auch den Klägern kein Schaden zugehe, sowie daß fraglicher Kanal ein Arm des Aachflusses selbst und damit kein Wasser sei, an dem die Kläger Eigenthum erwerben könnten und erworben hätten.

Allein das erstere Vorbringen der Beklagten erscheint als völlig unerheblich, da es sich nach der Klage um — auf privatrechtlichen Titeln beruhende — Rechte handelt, die weder durch Anordnungen der Vorgesetzten der israelitischen Gemeinde, noch durch die Verfügungen der Administrativbehörden gekränkt werden können, und bei denen es auf den Grad der Verletzung nicht ankommen kann, sobald eine solche überhaupt als widerrechtlich erscheint, — die Behauptung aber, daß der in Frage stehende Kanal der Aachfluß selbst sei, ist durch das vom großh. Hofgerichte erhobene Gutachten eines Sachverständigen vollständig widerlegt, indem darnach der Kanal nicht der Aachfluß selbst, sondern ein aus dem — eine ganz andere Richtung verfolgenden — Flusse abgeleitetes Wasser ist, an welchem somit Eigenthumsrechte, wie die Klage sie behauptet, allerdings möglich sind.

Diese letzteren sind denn auch — abgesehen von der Frage, ob es bei dem unbestrittenen Besitzstande der Kläger nach Ansicht der L.R.S.S. 544 e 2230 überhaupt nur bei der Negatorienklage des Beweises des Eigenthums am angeblich dienenden Gute bedarf, durch die in Folge der darauf gerichteten Beweisauflage beigebrachten Beweismittel als vollständig erwiesen zu betrachten.

(Nun folgt eine nähere Darstellung des Ergebnisses der Beweisführung und es fahren sodann die oberhofgerichtlichen Motive folgend fort).

Die kläger'sche Behauptung, daß der Mühlekanal einen Bestandtheil der Mühle bilde, erscheint hiernach als erwiesen, und da nun nach weiter vorliegender Urkunde vom 28. Mai 1842 die klägerische Ehefrau die Eigenthümerin derselben Kaufobjecte wurde, steht ihr auch das Recht zu den Eingriff in jenes Eigenthum zu bestreiten, zu welchem die Beklagten einen giltigen Rechtstitel darzuthun nicht vermochten.

Offene und zugleich selbstständige Dienstbarkeiten, unter welche die beklagter Seits angesprochene Gerechtigkeit zu rechnen wäre, erwirbt man nach L.R.S. 690 durch Vergünstigung oder durch dreißigjährigen Besitz — von welchen Rechtstiteln hier keiner geltend gemacht worden ist.

Mit Unrecht hat das großh. Hofgericht auf vorliegenden Fall die L.R.S.S. 644. 645. 696. 697. 643. 649. 651 und 652 zur Anwendung gebracht, weil es überall an den gesetzlichen Voraussetzungen der Anwendbarkeit fehlt. Die L.R.S.S. 644 645 haben fließendes Wasser im Auge, dessen Lauf durch die Natur bedingt ist, und das sich in keines Einzelnen Eigenthum befindet, während es sich hier nach Gutachten und Plänen, um eine künstliche, durch menschliche Vorrichtungen begründete Wasserleitung handelt. Die L.R.S.S. 696. 697 setzen eine bereits rechtsgültig begründete Dienstgerechtigkeit und die übrigen Gesetzesstellen — wie sich schon aus ihrem Wortlaute ergibt — andere thatsächliche Verhältnisse voraus, wie sie hier nicht vorliegen und die auch wie die ersteren Gesetzesstellen analog um so weniger hier angenommen werden können, als weder ein zu wahrendes landwirthschaftliches oder industrielles Bedürfniß, noch ein unmittelbar an die Wasserleitung angrenzendes Gut in Frage liegt, sondern ein für besonderen Gebrauch bestimmtes und durch das Eigenthum eines Dritten von der Wasserleitung getrenntes Badhaus.

Nach allem diesem sind die Kläger durch das hofgerichtliche Urtheil beschwert, und es mußte deßhalb das dem Klagebegehren entsprechende Urtheil der ersten Instanz wieder hergestellt werden.

IV.

Oberhofgericht.

1) Streitigkeiten zwischen Handelsgesellschaftern in Gesellschafts-Angelegenheiten, welche H.R.S. 51 vor Schiedsrichter verweißt, können durch Prorogation an die ordentlichen Gerichte gebracht werden.

2) In der Gant eines Handelsgesellschafters sind auch die aus dem Gesellschaftsverhältniß herrührenden Ansprüche der Mitgesellschafter anzumelden, worüber nur der Gantrichter — mit Ausschluß des Schiedsgerichts — zu verhandeln und zu entscheiden hat.

Annalen XXII. 353. *)

In Folge der von den Dietz'schen Erben eingewandten Oberappellation wurde unterm 20. Mai l. J. vom höchsten Gerichtshof erkannt:

„Es seien die Erkenntnisse der vordern Instanzen unter Verfällung der Beklagten oberappellatischen Gantmasse in die bisherigen Kosten des II. und III. Rechtszuges aufzuheben, sofort die Untergerichte anzuweisen, in der Hauptsache sowohl als über den betreffenden Theil der Kosten erster Instanz und zwar hinsichtlich der Ziff. 1 des unterrichterlichen Erkenntnisses das Hofgericht, über die weiteren Punkte desselben aber das Gantgericht, endliche Entscheidung zu ertheilen."

Gründe: Die Beschwerde gegen die Theile 1 u. 3 des hofger. Urtheils muß schon deßhalb als begründet angesehen werden, weil auf die fraglichen, in der Gant angemeldeten, Ansprüche eine Einlassung und Verhandlung vor dem Unterrichter statt gefunden hat, ohne daß die Einrede der Unzuständigkeit des Gantgerichts vorgeschützt worden war, und weil nach der richtigen Ansicht auch der H.R.S. 51 durch Prorogation beseitigt, beziehungsweise das ordentliche Gericht in Gesellschaftsstreitigkeiten der Handelsleute zuständig werden kann.

Lauckhard, Rf. III. 316.

Jahrbücher, n. F. IX. 9.

Hinsichtlich des Absatzes 2 des hofgerichtlichen Urtheils beruht der Ausspruch, daß die Liquidation des Finanzrath Dietz verspätet sei, auf der Unterstellung, daß dieselbe einen neuen, noch nicht angemeldet gewesenen, Anspruch zum Gegenstand habe. Nach dem Inhalte der Liquidation ist aber diese Unterstellung nicht richtig. Es behauptet nämlich der Liquidant, daß er zufolge einer zwischen ihm und Wilhelm Sievert im Laufe des Gantverfahrens getroffenen Uebereinkunft das ganze Activ- und Passiv-Vermögen der Gesellschaft Sievert u. Comp. übernommen habe und aus diesem Grunde dieselben Ansprüche, welche diese Gesellschaft rechtzeitig in der Gant liquidirt habe, weiter verfolge. Nach dieser Sachlage handelt es sich zunächst nur um die Legitimation des Finanzraths Dietz, die früher schon angemeldeten Ansprüche für sich allein geltend zu machen. Liegt der Beweis dieser Legitimation vor, so kann von einer Verspätung keine Rede sein, weil nur solche Forderungen, die schon angemeldet waren, von einem Rechtsfolger weiter betrieben werden, wogegen im andern Falle, wenn nämlich dieser Beweis nicht erbracht wäre, die Verfolgung des Anspruchs von Seiten des Finanzraths Dietz ebenfalls nicht wegen Verspätung, sondern aus materiellen Gründen zu verwerfen ist.

Da nun aber in den vordern Instanzen lediglich aus formellen Gründen, nämlich wegen Versäumung der Anmeldung, abweislich erkannt wurde und eine solche Versäumung nicht vorliegt, so muß auch hier die Sache zur materiellen Entscheidung an die Gerichte der vordern Instanzen zurückgewiesen werden.

A. d. Gr. 2c.

Bemerkungen.

Die oberhofgerichtliche Minorität hielt den Gantrichter noch aus dem weiteren Grunde für zuständig, weil es sowohl das Gesetz der Zweckmäßigkeit als die Natur der Sache mit sich bringe, daß derselbe über alle die Masse berührenden Ansprüche verhandle und entscheide, um die Gant auf kürzestem Wege vollständig zu erledigen.

Nach §. 817 No. 2 vergl. mit §. 908 der Pr.O. müßten in der Liquidationstagfahrt alle und jede Ansprüche, die man aus was immer für einem Grunde an die Gantmasse haben mag, bei Vermeidung des Ausschlusses angemeldet werden. Das Gantgericht, bei welchem die Anmeldung zu machen sei, müsse auch darüber verhandeln und entscheiden, weil ja sonst die Anmeldung keinen Zweck hätte. Der hofgerichtlichen Ansicht, daß die s. g. Anziehungskraft der Gant sich nur auf die Nothwendigkeit der Anmeldung erstrecke — stehe der §. 858 entgegen, nach welchem in dem Ganturtheil über die Richtigkeit, die Größe und den Vorzug aller angemeldeten Ansprüche und Forderungen sämmtlicher eigentlicher Gantgläubiger zu erkennen sei.

Da diese klare und bestimmte Vorschrift des Gesetzes für einen Schiedsspruch nichts mehr zu entscheiden übrig lasse, indem sie die Entscheidung aller denkbaren Punkte dem Gantgericht übertrage, so folge daraus mit Nothwendigkeit, daß in Ganten von Schiedsrichtern keine Rede sein könne. —

Es wurde indessen nicht für nöthig erachtet, diese Erörterung in die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe aufzunehmen, weil es schon an der stillschweigenden Prorogation genüge, um die gantrichterliche Zuständigkeit als begründet anzusehen und eine Remissoria zu erlassen.

Vrgl. Pr.O. §. 32. 34 und 282. 1177. D. R.

*) Auf S. 354 Sp. 1 Z. 16 von unten hat sich eine Unrichtigkeit eingeschlichen, indem es dort „Sievert" statt „Dietz" heißen sollte.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 31.

I.

Die Jurisdiktions-Verträge.

Vierter Artikel.

Aus der bisher gegebenen Zusammenstellung aller von unserem Großherzogthum mit andern deutschen Bundesstaaten abgeschlossenen, auf Vollziehung der Urtheile und auf gegenseitige Rechtshülfe bezüglichen Verträge wird man wohl entnommen haben, einmal, daß wir mit nur wenigen derselben in einem Vertragsverhältniß stehen, ferner, daß die vorhandenen Verträge zum Theil sehr weit von einander abweichen. Unbedingter Urtheilsvollzug besteht nur mit der freien Stadt Frankfurt, mit dem Großherzogthum Hessen und — Ungarn und Siebenbürgen ausgenommen — mit Oestreich, und zwar nicht allein mit dem Bundesgebiet dieses großen Staats, sondern auch mit dessen polnischen, italienischen und den an die Türkei grenzenden Provinzen. Diesen zunächst steht das Verhältniß zu Braunschweig, insofern der Urtheilsvollzug nur von der Prüfung der Competenz nach inländischen Gesetzen abhängt; dann folgt Churhessen, welches schon ein Eingehen in die Materialien gestattet. Der Vertrag mit dem Königreich Sachsen gibt zwar auch den Vollzug der Urtheile zuständiger Gerichte zu, bestimmt aber zugleich, wann und in welchen Fällen die Gerichte zuständig sind; auf dem nämlichen Standpunkt stehen auch die Verträge mit Würtemberg und Sigmaringen, und daß diese den Vollzug der Urtheile zuständiger Gerichte solchen Beschränkungen unterwerfen, daß der Werth des Vertrags dadurch beinahe wieder vollständig aufgehoben wird. Baiern hat nur eine einseitige Deklaration erlassen, auf deren sehr beschränkter Grundlage Reciprocität geübt wird.

Dieses sind die dürftigen Resultate einer eingehenden Erörterung so vieler seit mehreren Jahrzehnten gemachten Versuche, einander näher zu rücken, was um so beschämender ist, als der im Jahr 1846 mit Frankreich abgeschlossene Vertrag von weit liberalern Prinzipien ausgeht, als die meisten der mit deutschen Bundesstaaten zu Stande gekommenen Verträge, wie nun gezeigt werden soll.

11) Der Vertrag mit Frankreich.

Reg.-Bl. von 1846 No. 24.

Nach Art. 1 dieses Vertrags begründen die von den zuständigen Gerichten des einen Staats in bürgerlichen Rechtssachen erlassenen Urtheile

1) ein richterliches Unterpfand an den in dem andern Staat belegenen Gütern des Verurtheilten, und werden
2) daselbst vollzogen, wenn sie die Rechtskraft beschritten haben.

Welche Gerichte als zuständig zu halten, bestimmt Art. 2 dahin:

1) das Gericht, in dessen Bezirk der Beklagte wohnt oder sich aufhält,
2) das Gericht der gelegenen Sache,
3) das Gericht, in dessen Bezirk eine Erbschaft eröffnet ist,
4) das Gericht, in dessen Bezirk eine Gesellschaft ihre Niederlassung hat, bei Streitigkeiten der Gesellschafter unter sich oder bei Klagen Dritter gegen die Gesellschaft,
5) das Gericht des Orts, in welchem die Parteien Wohnsitz zum Vollzug eines Vertrags gewählt haben.

In Art. 3 wird sodann bestimmt, welcher Urkunden man bedarf um die Vollstreckung in dem andern Staat zu erwirken, nemlich

a) einer beglaubigten Ausfertigung des Urtheils,
b) einer Beurkundung über die geschehene Eröffnung oder Zustellung des Urtheils,

c) eines Zeugnisses der Gerichtskanzlei über die Rechtskraft desselben.

Außerdem sichern sich die beiden contrahirenden Staaten die kostenfreie Zustellung der Ladungen und Vollziehung der Ersuchschreiben um Vornahme gerichtlicher Handlungen in Civil- und Strafsachen, soweit die inländischen Gesetze nicht entgegen stehen, zu; die Ersuchschreiben werden auf diplomatischem Weg vermittelt. In letzgenannter Beziehung ist aber nach einer Bekanntmachung des großh. Justiz-Ministeriums vom 10. Oktober 1851 (Reg.-Bl. No. 61) die Erleichterung eingetreten, daß zwischen den diesseitigen Obergerichten und dem Generalprokurator in Colmar eine unmittelbare Correspondenz stattfinden kann; durch weitere Bekanntmachung vom 23. November 1854 (Reg.-Bl. No. 52) wird mitgetheilt, daß nach getroffener Vereinbarung bei Vollziehung von Requisitionen gar keine Kosten, nicht einmal baare Auslagen berechnet werden sollen. Man ersieht hieraus das Bestreben, die Ausführung des Vertrags in jeder Beziehung zu erleichtern. Dieser unterscheidet sich in Einer Richtung wesentlich von dem vorher mit Würtemberg und später mit Sachsen abgeschlossenen Vertrag, indem diese beiden Verträge die Prorogation des Gerichtstandes verbieten, während in dem mit Frankreich abgeschlossenen Vertrag gestattet ist, Domicil zu wählen, und dadurch den Gerichtstand zu begründen; ferner läßt dieser den Gerichtstand des Aufenthalts zu, was bei dem sächsischen Vertrag nur in beschränktem Maaße der Fall ist; endlich ist der Vertrag mit Frankreich klar, kurz, bündig und frei von den kleinlichen Ausnahmen, welche die Anwendung erschweren.

12) Der Vertrag mit der Schweiz.

Reg.-Bl. 1808 No. 28.

Es ist vielleicht wenig bekannt, daß wir auch mit den meisten Cantonen der Schweiz in einem Vertragsverhältniß stehen, durch welches wenigstens in Ganten eine gleiche Behandlung der beiderseitigen Gläubiger festgestellt wird, ein Verhältniß, dessen wir uns nicht rücksichtlich aller deutschen Bundesstaaten rühmen können. Der deßfallsige Vertrag vom 20. Juni 1808 ist zwar nur mit 17 Cantonen abgeschlossen; jedoch sind demselben nach einer Bekanntmachung des großh. Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten vom 21. Februar 1821 (Reg. Bl. No. 5) und vom 20. November 1821 (Reg. Bl. No. 20) noch weitere drei Cantone beigetreten, so daß von den 22 Cantonen nur Glarus und Schwyz fehlen.

„In allen Fallimentsfällen, so lautet Art. 1 des Vertrags, werden sowohl in verpfändeten als laufenden Schulden von der privilegirten und allgemeinen Casse die Einwohner des Großherzogthums Baden und derjenigen Cantone der Eidgenossenschaft, so dem gegenwärtigen Verkommniß beitreten, nach gleichen Rechten, d. h. also behandelt und collocirt, daß je die Angehörigen des einen Staats den Einheimischen im andern Staat gleich und je nach Beschaffenheit ihrer Forderungen so gehalten werden sollen, wie es die Gesetze des Landes für die Einheimischen vorschreiben."

Nach Art. 2 sollen zwischen den Angehörigen derjenigen Staaten, für welche die gegenwärtige Uebereinkunft verbindlich ist, nach Ausbruch eines Falliments keine Arreste auf bewegliches Eigenthum des Cridars anders als zu Gunsten der Gantmasse gelegt werden.

Diese Bestimmung ist unter Staaten, die in einem lebhaften Handelsverkehr mit einander stehen, durchaus nothwendig; sonst entstehen die größten Nachtheile für die Gantmasse, indem einzelne Gläubiger da und dort einzelne Vermögenstheile des Gemeinschuldners mit Beschlag belegen und für sich ausbeuten. Es liegt jetzt gerade der Fall vor, daß ein badisches Gericht den Arrest zu Gunsten eines einzelnen Gläubigers erkannt hat, während der Schuldner, ein preußischer Unterthan, durch ein preußisches Gericht verganntet ist. So stehen wir von Preußen weiter als von der Schweiz.

13) Vertrag mit dem Canton Schaffhausen.

Reg.-Bl. von 1811 No. 5.

Dieser Vertrag ist sehr umfassend; denn er verfügt

1) nicht nur die Verhaftung und Auslieferung der Verbrecher in Gemäßheit des zwischen dem Großherzogthum Baden und der Eidgenossenschaft abgeschlossenen Vertrags, von dem weiter unten die Rede sein wird, sondern verspricht auch auf mündliches Ansuchen eines Polizeibeamten oder des Beschädigten, den auf der Nacheile betretenen Verbrecher zur Haft zu bringen;

2) wegen kleiner Polizeifälle, namentlich bei Güter-, Wald-, Jagdfreveln und Schlägereien die wechselseitige Stellung der Frevler vor den Richter, in dessen Bezirk die Frevel vorgefallen sind, zur Aburtheilung nach den dermalen bestehenden oder künftig zu erlassenden Gesetzen;

3) für Fälle der unehelichen Schwängerung die Stel-

lung der Unterthanen oder Angehörigen an das Gericht, unter welchem jene geschehen ist, zur Untersuchung der Vaterschaft oder der Ernährungspflicht des Kindes,

4) den Vollzug der in bürgerlichen Rechtssachen von den competenten Gerichten des einen Staats gegen Unterthanen des andern Staats ergangenen rechtskräftigen Erkenntnisse, sofern darin nicht Verfügungen enthalten sind, durch welche der Ausländer gegen den Einheimischen in gleichem Fall zurückgesetzt ist.

Diese letzte Bestimmung gesteht den Urtheilsvollzug zu,

a) wenn das urtheilende Gericht competent war; es ist aber nicht gesagt, nach welchen Gesetzen das Vorhandensein der Competenz zu prüfen ist? Man wird wohl annehmen müssen, daß das um Vollzug angegangene Gericht die Competenz nach seinen eigenen Gesetzen zu prüfen hat; denn daß das Gericht, welches das Urtheil erlassen hat, nach den bei ihm geltenden Gesetzen competent war, muß bei jedem Urtheil unterstellt werden, da ja jedes Gericht seine eigene Competenz zu prüfen, und wo solche bestritten wird, darüber zu erkennen hat. Es wäre daher ganz überflüssig gewesen, in dem Vertrag von competenten Gerichten zu sprechen, wenn man damit nicht eine Prüfung dieser Competenz hätte zulassen wollen;

b) nach dem Wortlaut des Vertrags werden Urtheile der Gerichte des einen Staats, welche gegen Unterthanen des andern Staats ergangen sind, vollzogen. Sollte damit gesagt sein, daß andere Urtheile nicht vollzogen werden? Gewiß nicht; im Gegentheil, man wird um so mehr die gegen die eigenen Unterthanen des Staats, dessen Gericht das Erkenntniß erlassen hat, oder gegen die Unterthanen dritter Staaten erlassenen Erkenntnisse vollziehen müssen. Man hat nur, wie es scheint, für überflüssig erachtet, darüber eine besondere Bestimmung in den Vertrag aufzunehmen.

c) Die betreffenden Urtheile sollen keine Zurücksetzung der Ausländer gegen Inländer enthalten. Es wird daher dem Beklagten gestattet werden müssen, einen derartigen Einwand gegen den Urtheilsvollzug vorzubringen, der dann allerdings dem requirirten Richter ein Eingehen in die Materialien gestattet.

Man wird übrigens zugeben, daß dieser Vertrag weit größere Sicherheit des Urtheilsvollzugs bietet, als die meisten der mit den deutschen Bundesstaaten abgeschlossenen Verträge, worin eine um so dringendere Veranlassung für die deutschen Bundesstaaten liegt, durch ein allgemeines Uebereinkommen das gegenseitige Verhältniß wenigstens auf dieselbe Linie zu stellen, wie solches hie und da, dem Ausland gegenüber, besteht.

In dem Bisherigen wurden hauptsächlich die civilrechtlichen Verhältnisse, die strafrechtlichen aber nur insofern berücksichtigt, als die bestehenden Jurisdiktions-Verträge einen besondern Anlaß dazu gegeben haben. Es verdient aber hervorgehoben zu werden, daß die Bundesversammlung in dieser Beziehung nicht ganz unthätig war. Durch das Reg.-Bl. vom Jahr 1836 No. 46 (S. 323) wurde ein Bundesbeschluß vom 18. August desselben Jahrs publicirt, nach dessen zweiten Artikel die Bundesstaaten sich gegen einander verpflichten, „Individuen, welche der Anstiftung eines gegen den Souverän oder gegen die Existenz, Integrität, Verfassung oder Sicherheit eines andern Bundesstaats gerichteten Unternehmens oder einer darauf abzielenden Verbindung, der Theilnahme daran oder der Begünstigung derselben beinzichtigt sind, dem verletzten oder bedrohten Staat auf Verlangen auszuliefern, vorausgesetzt, daß ein solches Individuum nicht entweder ein Unterthan des um die Auslieferung angegangenen Staates oder in demselben wegen anderer ihm zur Last fallender Verbrechen zu untersuchen oder zu bestrafen ist. Sollte das Unternehmen, dessen der Auszuliefernde beinzichtet ist, gegen mehrere einzelne Bundesstaaten gerichtet sein, so hat die Auslieferung an jenen Staat zu geschehen, welcher zuerst darum ansucht."

Diese Verpflichtung zur Auslieferung der eigentlichen Staatsverbrecher wurde durch einen Bundesbeschluß vom 26. Januar 1854, welcher im Reg.-Bl. desselben Jahrs No. 9, S. 58—60 publicirt ist, auf andere Verbrecher ausgedehnt und dahin näher präcisirt:

Die Bundesstaaten verpflichten sich gegenseitig, Individuen, welche wegen anderer Verbrechen und Vergehen, ausschließlich der Abgabe-Defraudationen und der Uebertretungen von Polizei- und Finanz-Gesetzen, von einem Gerichte desjenigen Staats, in welchem oder gegen welchen das Verbrechen oder Vergehen begangen worden, verurtheilt oder in Anklagestand versetzt sind, oder gegen die ein gerichtlicher Verhaftbefehl erlassen ist, diesem Staat

auszuliefern, vorausgesetzt, daß nach den Gesetzen des requirirten Staats die veranlassende strafbare Handlung gleichfalls als Verbrechen oder Vergehen anzusehen und die Strafe noch nicht verjährt ist. Ausnahmen treten nur ein:

1) wenn das betreffende Individuum ein Unterthan des um Auslieferung angegangenen Staates ist,
2) wenn wegen derselben strafbaren Handlung die Competenz der Gerichte des um Auslieferung angegangenen Staates nach den Gesetzen desselben begründet ist,
3) wenn der Auszuliefernde in dem um Auslieferung angegangenen Staat wegen anderer Handlungen einer Untersuchung oder Strafhaft, oder wegen Schulden oder sonstiger civilrechtlicher Verbindlichkeiten einem Arrest unterliegt. In diesem Fall hat die Auslieferung erst nach erfolgter Freisprechung oder erstandener Strafe, beziehungsweise nach aufgehobenem Arrest zu geschehen.

Die übrigen Artikel enthalten Bestimmungen über die Form des Ansuchens um Auslieferung, über den Transport und die Kosten. Durch Art. 10 werden ältere Verträge unter den einzelnen Bundesstaaten, insoweit sie mit diesem Bundesbeschluß in Widerspruch stehen, und nicht etwa besondere Verabredungen über den Vollzug von Auslieferungen und über die Kosten derselben in sich fassen, außer Wirksamkeit gesetzt.

Auf das Gebiet des Herzogthums Limburg findet jedoch dieser Bundesbeschluß keine Anwendung.

Nach der Bekanntmachung des großh. Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten vom 11. November 1854 Reg.-Bl. No. 50 S. 426 und vom 10. März 1855 Reg.-Bl. No. 12 S. 78 sind die angeführten beiden Bundesbeschlüsse auf die ganze östreichische Monarchie anwendbar, so daß in Gemäßheit derselben die Auslieferung von Verbrechern zwischen Oestreich und Baden allgemein statt findet.

Es ist auch schon angeführt, daß der mit dem Königreich Würtemberg abgeschlossene Staatsvertrag im Sinne des obigen Bundesbeschlusses modificirt worden ist. S. Reg.-Bl. von 1855 No. 18 S. 140.

Mit dem Ausland bestehen folgende Auslieferungs-Verträge:

1) Mit der Schweiz.

Reg.-Bl. 1810 No. 2.

Nach dem ersten Artikel dieses von dem Landammann und Präsidenten der Tagsatzung der 19 verbündeten Cantone der schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und dem Großherzog Carl Friedrich von Baden andererseits unter dem 6. November 1809 abgeschlossenen Vertrags machen sich beide Staaten gegenseitig verbindlich, solche Individuen, die wegen eines der im zweiten Artikel benannten Verbrechen verfolgt werden, dem andern Staat, in welchem das Verbrechen begangen wurde, auszuliefern, vorausgesetzt, daß die auszuliefernden Individuen entweder Unterthanen des die Auslieferung begehrenden oder eines dritten Staates (also nicht Unterthanen des um Auslieferung angegangenen Staates) sind. In dem zweiten Artikel sind als solche Verbrechen, wegen welcher eine Auslieferung statt finden soll, bezeichnet: Hochverrath, Aufruhr, Vergiftung, Mord-Brand, Brandstiftung, Straßenraub, Mord, Todschlag, Fälschung öffentlicher Urkunden und Wechsel, Falschmünzen, Veruntreuung öffentlicher Gelder oder des Staatsvermögens, Nothzucht, Raub, Diebstahl mit Einsteigen oder Einbrechen an Kirchen und in gefriedeten Orten oder drgl. Nach dem 4. Artikel sollen gestohlene Sachen, die in den andern Staat geschleppt und dort gefunden werden, dem Eigenthümer ohne Kosten zurückgestellt werden. Nach dem 5. Artikel sollen Zeugen, der Regel nach, vor ihrem natürlichen Richter abgehört werden; würde aber eine persönliche Stellung eines Zeugen vor ein Gericht des andern Staats nothwendig, so soll dessen Stellung vor das betreffende Gericht nicht verweigert werden — die Kosten fallen, selbstredend, dem requirirenden Staate zur Last.

Handelt es sich von einem in Art. 2 nicht benannten Verbrechen, das in einem Staat begangen, während der Verbrecher in dem andern Staat betreten wurde, so verpflichtet sich dieser in Art. 8 des Vertrags, den betretenen Verbrecher entweder zu strafen oder aus seinem Gebiet auszuweisen.

Der 9. und letzte Artikel hält solche Uebungen aufrecht, welche zwischen dem Großherzogthum und einigen Grenzkantonen noch weiter gehende Bestimmungen hergebracht haben, was beispielsweise bei dem Canton Schaffhausen, wie schon oben erwähnt, der Fall ist.

Diesem Vertrag, der wie gesagt ursprünglich nur mit 19 Cantonen abgeschlossen wurde, sind nach einer Bekanntmachung des großh. Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten vom 24. Februar 1821 (Reg.-Bl. No. 5) und vom 20. November 1821 (Regierungsblatt No. 20), die übrigen Cantone mit Ausnahme von Genf beigetreten.

Gleichwohl haben in den Jahren 1848 und 1849 mehrere Cantone dessen Vollziehung verweigert.

2) Mit Frankreich.

Reg.-Bl. von 1844 No. 22.

Dieser Vertrag sichert die Auslieferung von badischen Unterthanen, die nach Frankreich, oder von französischen Unterthanen, die nach Baden sich geflüchtet haben, zu, wenn sie wegen eines der folgenden Verbrechen entweder verurtheilt oder auch nur in Untersuchung genommen sind:

1) Mord, Tödtung, Nothzucht oder andere gewaltsame Verletzung der Sittlichkeit,
2) Brandstiftung,
3) Fälschung von Urkunden, Fertigung falscher Bankzettel oder Staatspapiere, Diebstahl, Rechnerdsuntreue,
4) Münzfälschung, Ausgeben falscher Münzen,
5) Meineid und falsches Zeugniß,
6) Boshafte Zahlungsflüchtigkeit.

Wegen politischer Verbrechen und Vergehen findet eine Auslieferung nicht statt; vielmehr ist bedungen, daß wenn Jemand wegen eines andern Verbrechens ausgeliefert wurde, er in keinem Falle wegen eines vorher begangenen politischen Vergehens oder wegen einer damit in Verbindung stehenden Handlung in Untersuchung genommen oder bestraft werden soll.

Ist nach den Gesetzen des Landes, wohin sich der Angeschuldigte geflüchtet hat, die Strafe verjährt, so findet eine Auslieferung nicht statt.

Unterthanen dritter Staaten werden unter den nemlichen Voraussetzungen ausgeliefert, wenn die Regierung des Staates, dem der Auszuliefernde angehört, ihre Zustimmung giebt.

3) Mit Belgien.

Reg.-Bl. von 1844 No. 27.

Dieser Vertrag ist dem mit Frankreich beinahe vollständig gleich, nur werden

1) Unterthanen dritter Staaten ohne Genehmigung ihrer Regierungen ausgeliefert;
2) behalten sich die contrahirenden Regierungen vor, „in Fällen, wo wegen außerordentlicher Umstände die Auslieferung des Verfolgten den Grundsätzen der Billigkeit und Humanität widersprechen würde, die Auslieferung zu versagen“, eine Ausnahme, die den Contrahenten gewiß zur Ehre gereicht.

4) Mit den Niederlanden (Holland).

Reg.-Bl. von 1847 No. 31.

Auch dieser Vertrag ist mit den vorigen übereinstimmend, beschränkt sich aber auf gegenseitige Auslieferung der Unterthanen der contrahirenden Staaten, ohne der Unterthanen dritter Staaten zu gedenken. Der Vorbehalt, der in dem Vertrage mit Belgien (s. oben sub. 2) gemacht ist, wird hier nicht erwähnt; dagegen enthält der Vertrag folgende Bestimmungen über Abhör von Zeugen und Mittheilung von Akten, von denen die eben genannten Verträge schweigen:

1) Wenn im Laufe des Strafverfahrens die Abhör von Zeugen, welche in dem andern Staate wohnen, erforderlich ist, so wird das deßfallsige Ersuchschreiben auf diplomatischem Weg vermittelt, und in dem Staate, in welchem der Zeuge abzuhören ist, nach Maaßgabe der hier geltenden Gesetze vollzogen.
2) Ist das persönliche Erscheinen eines Zeugen erforderlich, so hat ihn seine Regierung aufzufordern, der an ihn ergehenden Ladung Folge zu leisten.
3) Wird zum Zweck einer anhängigen Untersuchung die Mittheilung von Akten oder Ueberführungsstücken verlangt, welche sich im Besitz der Behörden des andern Staats befinden, so wird dem deßfallsigen Ansuchen stattgegeben, wofern nicht besondere Rücksichten dies verbieten.

Es ist schon oben erwähnt, daß der mit Frankreich im Jahr 1846 abgeschlossene Staatsvertrag über den gegenseitigen Vollzug der Civilurtheile eine Bestimmung enthält, wonach beide contrahirende Staaten sich gegenseitig verpflichten, Zustellungen, Ladungen und Ersuchschreiben um Vornahme gerichtlicher Handlungen in Civil- und Strafsachen durch ihre Behörden vollziehen zu lassen, soweit die Gesetze des Landes, an dessen Behörde das Ersuchen gestellt wird, nicht im Wege stehen.

In einem eigenthümlichen Contraste zu diesem mit fremden Ländern bestehenden Vertragsverhältniß steht ein neuestes Abkommen mit der königl. bairischen Regierung, publicirt vom dem großh. Justizministerium unter dem 25. November 1850 (Reg.-Bl. S. 400).

Darnach sollen „die badischen Gerichte, welche von einem königl. bairischen Gerichte um Vermittlung und Besorgung gerichtlicher Ladungen von Zeugen, sei es in einer Civil- oder Strafsache, angegangen werden, den be-

treffenden Personen die Ladungen zustellen, ihnen jedoch freistellen, ob sie denselben Folge leisten wollen oder nicht. Wenn es sich aber um eine in Baiern anhängige Untersuchung gegen einen dort nicht verhafteten badischen Staatsangehörigen handelt, oder wenn die Anschuldigung des bereits verhafteten Badners eine That betrifft, die nach badischen Gesetzen straflos ist, so haben die badischen Gerichte ihre Mitwirkung auf Erhebung des Entlastungsbeweises zu beschränken, und selbst die einfache Zustellung von Vorladungen an Belastungszeugen zu unterlassen." Hiernach kann der Requisition eines bairischen Gerichts kaum Folge gegeben werden, ohne zu wissen, ob der Angeschuldigte ein Badner ist oder nicht, ob er verhaftet ist oder nicht, und welchen Verbrechens oder Vergehens er beschuldigt ist, während den Requisitionen französischer oder holländischer Behörden, sofern die Gesetze nicht im Wege stehen, ohne Weiterung entsprochen werden muß. Ein solcher Zustand unter Bundesstaaten bedarf wohl der Abhülfe.

Es verdient übrigens noch erwähnt zu werden, daß schon im Jahr 1831 unter den Bundesstaaten eine allgemeine Cartel-Convention zu Stande gekommen ist, wonach sich diese gegenseitig verpflichten, alle Deserteure auszuliefern und zwar ohne Unterschied, ob die betreffenden Truppen, von denen jene desertirt sind, zu Provinzen gehören, die im Bundesgebiet liegen oder nicht.

Reg.-Bl. von 1831 No. 6.

Hiernach haben wir, da Dänemark wegen Holstein, Holland wegen Luxemburg und Limburg zum deutschen Bund gehören, alle dänischen und holländischen Deserteure ebenso an Oestreich alle ungarischen, polnischen, italienischen Deserteure auszuliefern. Wenn man in dieser Beziehung soweit über das Bundesgebiet hinausgegangen ist, so sollte man doch glauben, es stünde einer Uebereinkunft unter den Bundesstaaten nichts entgegen, wonach alle rechtskräftigen oder auch nur vollzugsreifen Urtheile aller Gerichte innerhalb der deutschen Bundesstaaten, welche in Civilrechtsstreitigkeiten ergangen sind, in allen deutschen Bundesstaaten vollzogen werden; wonach ferner allen Ersuchschreiben eines Gerichts eines Bundesstaats um Vornahme gerichtlicher Handlungen, wie z. B. Zustellung von Ladungen, Abhör von Zeugen u. s. w. in allen Bundesstaaten entsprochen werden müßte; wonach alle Bestimmungen, welche die Civilprozeßgesetzgebungen der Bundesstaaten in Bezug auf Ausländer enthalten, wie z. B., daß Ausländer vor ein inländisches Gericht geladen werden können, wenn auch kein Gerichtsstand begründet ist, daß ferner Arreste gegen Ausländer als solche zugelassen werden, endlich daß Ausländer, wo sie als Kläger auftreten, Cautionen leisten müssen, und drgl. nicht auf die Angehörigen der deutschen Bundesstaaten anwendbar sein sollen; endlich daß bei der Vergantung eines Angehörigen der deutschen Bundesstaaten nur Eine Gantmasse gebildet werden darf, daß in diese Gantmasse alle Vermögensstücke des Cridars, in welchem Bundesstaat sie sich auch befinden mögen, einzuliefern sind, daß dagegen alle Forderungen der Angehörigen der deutschen Bundesstaaten bei dem Gantgerichte nach ganz gleichen Grundsätzen zu behandeln sind, und namentlich kein Unterschied zwischen den Forderungen der Inländer und der übrigen Angehörigen der deutschen Bundesstaaten zu machen sei.

Ein Bundesbeschluß dieser Art würde gewiß allgemein freudig begrüßt werden, weßhalb mit nur zu wünschen übrig bleibt, unsere Regierung möge sich das Verdienst, dieselbe hervorgerufen zu haben, nicht entgehen lassen.

Dr. Ladenburg.

II.

Rechtsfall.

Zur Erläuterung der Lehre von den geheimen letzten Willen.

(L.R.S. 976. 976a.)

Umstätter gegen Umstätter.

Die Anfechtungsklage wurde in allen drei Instanzen abgewiesen. Das Thatsächliche dieses Rechtsstreits, dessen Gegenstand nahezu eine halbe Million Gulden betrug, ergibt sich aus den

hofgerichtl. Entscheidungsgründen.

Den 19. März 1852 starb zu Heidelberg die ledige Susanna Magdalena Umstätter mit Hinterlassung eines 3 Tage zuvor in geheimer Form errichteten letzten Willens, welcher aber schon am 12. Mai 1851 aufgesetzt war und dessen hauptsächlichste Bestimmungen dahin gehen, daß ihr Verwandter Ludwig Weinkauf das Haus nebst Garten und Scheuer, sowie gemeinschaftlich mit seinen Geschwistern einen Theil der Fahrnisse erhalten, und daß vom übrigen Nachlaß ein Drittheil den Verwandten der väterlichen, ein Drittheil denen der mütterlichen Seite und ein Drittheil den Kindern der A. Weinkauf zufallen solle.

Dieses Testament wird nun im Weg der Klage von Johann Umstätter, der Erblasserin nächstem Verwandten väterlicher Seite, als nichtig angefochten, weil nach der Aufschriftsurkunde die Testirende nicht als redend in der ersten Person eingeführt sei, ferner, weil die Erblasserin zur Zeit der Testamentserrichtung des Lesens nicht mehr fähig gewesen sei, und endlich, weil, wenn auch die Aufschrift auf dem Umschlag des Testaments beurkunde, daß letzteres dem Notar von der Testirenden übergeben worden sei, demnach eine Uebergabe von Seiten der Erblasserin zu Handen des Notars und eine ausdrückliche direkte Erklärung derselben, daß der Inhalt des Umschlags ihr letzter Wille sei, nicht stattgefunden habe, indem vielmehr der Notar, nach dem Eintritt der Zeugen ein auf dem Tische gelegenes Papier, welches von L. Weinkauf zuvor nebst einem andern in das Zimmer gebracht und von der Testirenden auf Vorzeigen für ihr Testament erklärt worden war, in seine Hand genommen, die entfernt gesessene Testirende gefragt habe: ob dieses ihr letzter Wille sei? und auf bejahende Antwort das Papier versiegelt und mit Aufschriftsurkunde versehen habe.

Die beklagten Testamentserben bestritten die Zulässigkeit des ersten Anfechtungsgrundes und die Richtigkeit der beiden andern, behaupteten überdies, daß das Testament ein eigenhändiges sei.

Diejenigen der Testamentserben, welche zugleich Intestaterben des 6. Grades mütterlicher Seite sind, schützten ferner vor, daß sie als durch das Testament eher benachtheiligte Intestaterben mit Unrecht belangt seien.

Nachdem der Kläger den ihm auferlegten Beweis des 2. und 3. Anfechtungsgrundes durch Berufung auf Zeugen angetreten hatte, verwarf der Unterrichter den über die Art der Testaments-Uebergabe angetretenen Zeugenbeweis und vernahm nur die Zeugen, welche dafür angerufen waren, daß die Erblasserin zur Zeit der Testamentserrichtung nicht mehr habe lesen können. Da keiner derselben bestätigen oder auch nur einen darauf deutenden Umstand anführen konnte, daß die Erblasserin zur Zeit der Testamentserrichtung des Lesens nicht mehr fähig gewesen sei, wurde die Klage abgewiesen.

Dadurch erachtet sich Kläger für beschwert, seine Beschwerde erscheint jedoch nicht begründet.

Der erste Grund, mit welchem die Gültigkeit des Testaments angefochten wird, ist unzulässig, da das Gesetz nicht verlangt, daß die Aufschrifts-Urkunde die Erklärung des Testirenden im directen Styl enthalte, wie denn auch eine Veränderung dieser Erklärung durch den Notar nicht schon deßhalb zu besorgen steht, weil er den Testirenden in der dritten statt in der ersten Person redend einführt. L.R.S. 976. Der weitere Anfechtungsgrund, welcher darin beruht, daß die Erblasserin zur Zeit der Testamentserrichtung nicht mehr des Lesens fähig gewesen sei, ist nach L.R.S. 978 unzweifelhaft rechtlich zulässig. Das Gesetz bezieht auch diesen Mangel nicht etwa nur auf die Zeit der Niederschreibung des Testaments, welche nach L.R.S. 976 durch eine andere Person geschehen darf, sondern auch auf die Zeit, in welcher das zuvor geschriebene Testament verschlossen wird, indem nur der des Lesens Fähige darüber Gewißheit haben kann, daß das dem Notar überreichte Papier sein Testament ist.

Dieser zweite Anfechtungsgrund hat aber durch die Aussagen der abgehörten Zeugen keine Bestätigung gefunden, da dieselben mehr nicht anzugeben vermochten, als daß sich die Erblasserin zuweilen einer Brille bedient habe. Er erscheint daher unerwiesen.

Was den letzten Anfechtungsgrund betrifft, so ist zwar die Behauptung, daß die Testirende die im L.R.S. 976 vorgeschriebene Erklärung nicht selbst abgegeben, vielmehr nur die deßfallsige Frage des Notars bejaht habe, unerheblich, weil die Bejahung der Frage der selbstständigen Erklärung gleichsteht; dagegen enthalten die übrigen auf die Art der Testamentsübergabe bezüglichen Behauptungen der Klage allerdings einen gültigen Anfechtungsgrund. L.R.S. 976 verlangt, um dem Unterschieben einer andern Urkunde, oder einer Verwechslung vorzubeugen, daß der Testirende die Urkunde dem Notar in Gegenwart sämmtlicher Zeugen überreiche und gleichzeitig erkläre, sie enthalte seinen letzten Willen. Mag es nun auch nicht gerade geboten erscheinen, daß der Testirende das Papier aus seiner Hand in diejenige des Notars übergebe, so muß er sich doch jedenfalls davon überzeugt halten können, daß das Papier, welches er vor den Zeugen für sein Testament ausgibt und dem Notar überweißt, auch wirklich seinen letzten Willen enthalte.

Dieses konnte im vorliegenden Fall die Erblasserin nicht, wenn die in der Klage enthaltene Schilderung dessen, was sich vor den Zeugen zutrug, richtig ist, wenn nämlich die Erblasserin bei dem Eintritt der Zeugen, entfernt von dem Tische, worauf das Papier lag, saß und an diesem Platz blieb, als der Notar, das Papier von dem Tische nehmend, die Frage an sie richtete und die bejahende Antwort von ihr erhielt. Der dritte Anfechtungsgrund ist zwar hiernach gültig, aber durch die dafür angerufenen Zeugen nicht zu erweisen. Die Aufschriftsurkunde wird nicht wegen Falschheit oder Verfälschung, also wegen eines nach L.R.S. 1348 Abs. 1 auch durch Zeugen erweislichen Vergehens, sondern nur wegen Unrichtigkeit ihres Inhalts angegriffen. Sowie sich nicht bezweifeln läßt, daß der in der Klage beschriebene Hergang nicht als die vom Gesetz geforderte Uebergabe des Testaments gelten kann, sowenig läßt sich annehmen, daß der des Gesetzes kundige Notar eben jenen Hergang als eine

Uebergabe angesehen und beurkundet haben sollte. Der Kläger behauptet demnach eine Unrichtigkeit des Inhalts der Aufschriftsurkunde und will durch die zum Beweis des behaupteten Hergangs angerufenen Zeugen das Gegentheil dessen darthun, was der Inhalt der Urkunde und zwar gerade in Betreff eines solchen Umstands besagt, hinsichtlich dessen dem Notar Cognition und Beurkundung zusteht. Dem wiederstreitet aber die Vorschrift des L.R.S. 1341, indem sie die Zulassung eines Zeugenbeweises gegen den Inhalt einer Urkunde verbietet.

Da hiernach der erste Anfechtungsgrund unzulässig und die beiden andern unerwiesen sind, so kommt es auf die von den Beklagten vorgebrachte Einrede, daß das Testament ein eigenhändiges sei, sowenig an, wie auf die von einigen Beklagten aufgestellte, übrigens offenbar unbegründete Behauptung, daß sie, unerachtet ihrer Eigenschaft, als Testamentserben, nicht passiv legitimirt seien.

Aus diesen Gründen ꝛc. ꝛc.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgrüde.

Die vom Kläger beantragte Nichtigerklärung des von Susanna Magdalena Umstätter in geheimer Form errichteten Testaments kann darauf nicht begründet werden, daß die Notariatsaufschriftsurkunde die bei der Testamentsüberreichung von der Erblasserin gesprochenen Worte nicht im directen, sondern nur im indirecten Style aufführe, weil L.R.S. 976 nicht gebietet, die Uebergabserklärung im directen Style niederzuschreiben, und weil der Zweck des Gesetzes vollkommen erreicht ist, wenn nur die Aufschriftsurkunde den Sinn der gesprochenen Worte getreu wiedergibt.

Der zweite nach L.R.S. 978 an sich zulässige Anfechtungsgrund, gestützt auf die Behauptung, die Erblasserin sei zur Zeit der Testamentserrichtung des Lesens nicht mehr fähig gewesen, ist in thatsächlicher Hinsicht nicht bewiesen worden, weil die vom Kläger zur Führung des Beweises seiner Behauptung vorgeschlagenen und schon in erster Instanz abgehörten Zeugen übereinstimmend ausgesagt haben, daß nach ihren Wahrnehmungen Susanna Magdalena Umstätter, wenn auch hie und da mit Hilfe einer Brille, doch recht gut habe lesen können und sie keine Kenntniß davon hätten, daß dieß zur Zeit der Testamentserrichtung anders gewesen sei.

Gleich beweislos ist die den dritten und letzten Anfechtungsgrund bildende Behauptung der Klage geblieben, daß die Erblasserin nicht, wie L.R.S. 976 vorschreibe, in Gegenwart der Testamentszeugen ihren letzten Willen dem Notar überreicht, dieser vielmehr beim Erscheinen der Zeugen das Testament schon in Händen gehabt, und in ganz schwach beleuchtetem Zimmer dasselbe der von ihm entfernt in ganz erschöpftem Zustand auf einem Lehnstuhle sitzenden Erblasserin mit der Frage, ob dies ihr letzter Wille sei, vorgehalten, und sodann auf eine bloße Bejahung die Aufschriftsurkunde gefertigt habe.

Die vom Notar und den Testamentszeugen in der Aufschriftsurkunde beglaubigten Worte besagen nämlich ausdrücklich, daß Susanna Magdalena Umstätter in Gegenwart der Zeugen das Testament dem Notar „übergeben" und „dabei erklärt habe, daß dieß ihr letzter Wille sei, den sie selbst geschrieben und unterschrieben habe." Es ist sonach schon durch die von einem Staatsschreiber mit den erforderlichen Förmlichkeiten aufgenommene Aufschriftsurkunde der Vorgang des Akts gerade so beurkundet wie ihn der Wortlaut des L.R.S. 976 zur Gültigkeit des Testaments voraussetzt.

Aber auch die vom Kläger beantragte und in der Appellationsinstanz angeordnete Abhör der Zeugen weist in jeder Hinsicht die Grundlosigkeit der Behauptung nach, auf welche der Kläger seinen dritten Anfechtungsgrund zu stützen versucht hat, so daß es bezüglich der formellen Zulässigkeit dieses Zeugenbeweises gar nicht mehr der Entscheidung bedarf, in wie weit er überhaupt als Gegenbeweis, oder als Erläuterung der schon in der Testamentsaufschrift beurkundeten Thatsachen oder in wiefern er lediglich nur aus dem Grunde erheblich war, aus welchem der Gerichtshof die Zeugenabhör angeordnet hat, nemlich zum Zwecke der nähern Aufklärung über die die Testamentserrichtung begleitenden Nebenumstände, und darüber, ob die Erblasserin damals noch in einem Zustande war, welcher ihr die Vornahme des in der Aufschriftsurkunde beschriebenen Acts in ganz selbstständiger Thätigkeit gestattete.

Keiner der einvernommenen Testamentszeugen konnte nemlich sagen, daß das Zimmer, in welchem der Akt vor sich ging, in einer, die genaue Beobachtung des Vorgangs erschwerenden Weise beleuchtet, oder daß die Testirerin in einem solchen erschöpften Zustand gewesen sei, daß sie sich nicht mehr in ganz verständlicher klarer Weise habe ausdrücken können über das, was sie habe sagen wollen, und wenn auch vier dieser Zeugen gerade nichts bestimmtes über die Art, wie das Testament von der Erblasserin dem Notar behändigt worden ist, auszusagen vermögen, so waren sie doch eben sowenig im Stande zu behaupten, daß der Vorgang sich anders als die Aufsichtsurkunde besage, daß er sich namentlich so zugetragen habe, wie die Klage behaupte, und sie versichern entgegen dieser klägerischen Behauptung, daß sie jedenfalls von der Klägerin selbst die Worte hätten aussprechen hören, daß das Papier ihren letzten Willen enthalte, den sie selbst geschrieben und unterschrieben habe. Hiezu kommt aber noch, daß die übrigen drei Zeugen (Friedrich Landfried, Philipp Jakob Landfried und Adam Klaiber) übereinstimmend sich ihrer bestimmten Wahrnehmung noch zu erinnern versichern, nach welcher sie selbst gesehen und gehört haben, wie nach dem Erscheinen der Zeugen die Erblasserin aus ihrer eigenen Hand in die Hand des Notars das Papier, auf welches später die Aufscheitsurkunde gesetzt worden sei, gegeben und dabei jene Worte gesprochen habe, durch welche sie das so übergebene Papier als ihren letzten Willen bezeichnet habe ꝛc.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bader. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 32.

I.

Steht dem Staatsanwalt das Recht zu, auf eine wegen schwurgerichtlicher Verbrechen erhobene Anklage zu verzichten? oder kann er in anderer Weise erwirken, daß derselben keine Folge gegeben werde?

Obschon diese Frage von einer unverkennbaren Wichtigkeit ist, so findet sich darüber weder in unserm Einf.-Ges. vom 5. Februar 1851, noch in den meisten deutschen Schwurgerichtsgesetzgebungen (wenigstens soweit sie mir zugänglich waren) eine Bestimmung. Nur die braunschweigische St.Pr.O. enthält im §. 99 den Satz, daß der öffentliche Ankläger seinen Antrag nicht mehr fallen lassen kann, sobald einmal der Angeschuldigte in Anklagestand versetzt ist, sondern daß ein Erkenntniß erfolgen muß.

Auch der Code d'instruction criminelle enthält darüber keine specielle Vorschrift. —

In jenen Ländern, in welchen das Prinzip des Anklageverfahrens rein durchgeführt ist, mag auch ohne eine deßfallsige spezielle Bestimmung es einem Zweifel nicht unterliegen, daß, wenn diejenige Behörde, deren alleiniges Recht und alleinige Pflicht es ist, Verbrechen zu verfolgen, es für gut hält, von der begonnenen Verfolgung wieder abzustehen, ihr dieses Recht nicht benommen sei, gerade weil in ihrer Thätigkeit allein die Durchführung der ferneren Verfolgung beruht. Anders wird es sich da gestalten, wo zur Verfolgung eines Verbrechers mehrere Behörden zusammenwirken und die eine durch die Handlungen der andern g e b u n d e n ist; und wo das Anklageverfahren mit dem Untersuchungsverfahren in einem noch sehr engen Zusammenhang steht, wie bei uns.

Nehmen wir das Verfahren in Preßsachen etwa aus, so läßt sich nicht verkennen, daß nach dem Einf.-Ges. vom 5. Februar, welches in §. 25 die Mitwirkung des Staatsanwaltes bei den Untersuchungen, welche die Strafprozeßordnung ihm zugewiesen hatte, noch außer Wirksamkeit ließ, die Stellung der Staatsanwälte keineswegs von jenem Einflusse auf die Verfolgung der Verbrecher ist, daß solche auch nur einiger Maßen selbstständig genannt werden kann. Schon diese beschränkte Stellung des Staatsanwaltes läßt es zweifelhaft erscheinen, ob nach dem Geiste, welcher unser Verfahren in Strafsachen beherrscht, der Staatsanwalt berechtigt sei, eine wegen eines schwurgerichtlichen Verbrechens erhobene Anklage wieder fallen zu lassen. Faßt man aber die Bestimmungen der §§. 78. 79. 80. 82. 84 und 86 unseres Einf.-Ges. näher in's Auge, so scheint es mir, daß man die oben gestellte Frage entschieden v e r n e i n e n muß.

Wenn bei dem Staatsanwalte Untersuchungsakten einkommen, so hat derselbe nach seiner Auffassung der Sachlage einen Antrag über das weiter einzuschlagende Verfahren an die Anklagekammer zu richten. §. 78 Einf.Ges. An diesen Antrag ist aber die Anklagekammer nicht gebunden. Denn geht der Antrag des Staatsanwaltes darauf zu erkennen, daß eine Sache vor's Schwurgericht verwiesen werde, die Anklagekammer glaubt aber, daß der Angeschuldigte mit Unrecht eines Verbrechens geziehen werde, oder daß wegen Unzulänglichkeit der Beweise keine Verurtheilung in Aussicht stehe, so spricht sie aus, daß kein Grund zu weiterer gerichtlicher Verfolgung vorhanden sei. Ist aber umgekehrt der Staatsanwalt der Ansicht, daß Grund zu weiterer gerichtlicher Verfolgung n i c h t vorhanden sei, wie z. B. wenn er glaubt, daß der Angeschuldigte bei einer Tödtung im Stande der Nothwehr gehandelt habe, oder daß ein reiner Unglücksfall vorliege, indem der Angeschuldigte nicht nur keine Absicht zu verletzen gehabt, sondern nicht einmal fahrlässig gehandelt habe, oder weil ihm die Beweise zu dürftig

scheinen, um einer Verurtheilung entgegen sehen zu können, und er stellt deßhalb seinen Antrag auf Einstellung der Untersuchung, so kann gleichwohl die Anklagekammer, von der Ansicht ausgehend, daß der Thatbestand eines strafbaren Verbrechens vorliege, oder daß die Beweise hinlänglich seien, dem Antrage des Staatsanwaltes zuwider das Verweisungserkenntniß erlassen. §. 79. 80. Wird hiedurch der Angeschuldigte zur Aburtheilung vor das Schwurgericht verwiesen, so steht *nur dem Angeklagten* unter gewissen Voraussetzungen das Rechtsmittel der Beschwerde dagegen zu, *nie aber dem Staatsanwalte*. §. 82. Er hat vielmehr, wenn keine Beschwerde von dem Angeklagten erhoben, oder solche verworfen worden ist, die Anklageschrift zu fertigen und einzureichen. §. 84.

Die Annahme, daß Staatsanwalt und Anklagekammer über die Frage, ob eine Sache vor das Schwurgericht zu verweisen sei, verschiedener Meinung sind, und daß die Anklagekammer oft von strengerer Auffassung ausgeht, als der Staatsanwalt *) ist nicht etwa eine blose Unterstellung. Solche Fälle kommen, und kamen auch schon einige bei dem mittelrheinischen Hofgericht vor. Wenn nun auch der Staatsanwalt, namentlich da, wo es sich um die *rechtliche* Auffassung einer Untersuchung handelt, durch ein, seinem Antrage entgegenstehendes Verweisungserkenntniß in die mißliche Lage kommt, eine Anklage fertigen und vertreten zu müssen, welche mit seiner rechtlichen Ueberzeugung nicht übereinstimmt, so ist er gleichwohl an das Verweisungserkenntniß *gebunden*: und es ist nicht blos eine konstante Uebung, daß in solchen Fällen der Staatsanwalt dem Verweisungserkenntnisse konform die Anklageschrift fertigt, und sie in der Schwurgerichtssitzung vertritt, sondern *das Gesetz hat* ihn in diese mißliche Zwangslage versetzt, aus welcher er sich willkührlich nicht befreien *darf*. *)

Als eine solche willkührliche Befreiung würde ich es aber ansehen, wenn der Staatsanwalt — und kann er auch, nachdem er die Anklageschrift gefertigt hat, sich von der Richtigkeit der Anschauung der Klagekammer immer noch nicht überzeugen — deßhalb vor, oder in der Schwurgerichtssitzung erklärt, daß er die Anklage fallen lasse, auf sie verzichte. Er würde dadurch das Gesetz, welches ihm die Pflicht auferlegt, nach Maßgabe des Verweisungserkenntnisses die Anklageschrift zu fertigen, und sie zu vertreten, umgehen, und dessen Bestimmungen, wenn auch vielleicht aus dem ehrenhaften Grunde, nichts gegen seine rechtliche Auffassung zu unternehmen, rein illusorisch machen.

Sehr verschieden von diesem Falle gestaltet sich allerdings die Frage, wenn der Staatsanwalt mit dem Verweisungserkenntnisse einverstanden war, und sich erst nach Erhebung der Anklageschrift Beweise für die Unschuld des Angeklagten ergeben, sei es, daß dieser von seinem Rechte nach §. 86 Einf.-Ges. Gebrauch machend, Auskunftspersonen benennt, welche bei ihrer Einvernahme zu seinen Gunsten aussagen, oder daß in der Schwurgerichtssitzung selbst die Anschuldigung sich als ganz unbegründet ergibt. Ist auch in diesen Fällen der Staatsanwalt nicht befugt, auf die Anklage zu verzichten?

Man sollte allerdings glauben, daß eine solche Befugniß in der Natur der Dinge selbst begründet sei. Denn warum, wenn man von der Unschuld eines Angeklagten sich hinterher überzeugt, eine Anklage aufrecht halten, die nur Mühe, Zeit und Geld kostet, und nur eine Freisprechung, oder im schlimmsten, auch nicht unmöglichen Falle eine *ungerechte* Verurtheilung zur Folge haben kann?

---

*) Daß der Staatsanwalt in seinen Anträgen milder ist, als die Anklagekammer in ihren Verweisungen, ist eine in der Natur der Sache begründete Erfahrung. Die Mitglieder der Anklagekammer haben ihr Erkenntniß nicht öffentlich zu vertreten, wie der Staatsanwalt seine Anklage. Man darf es auch nicht etwa der Eitelkeit, deren die Staatsanwälte so oft geziehen werden, zuschreiben, wenn er nicht eine sehr zweifelhafte Sache vertreten will. Er kennt vielmehr aus seiner reichen, eigenen Erfahrung viel besser den Gang, und die Ergebnisse der schwurgerichtlichen Verhandlungen, als die Mitglieder der Anklagekammer, und weiß nicht nur, daß wer gegen seine Ueberzeugung, oder nur mit halber Ueberzeugung spricht, nie den Einfluß auf das Gemüth und den Verstand der Geschworenen übt, als wer seine Rede nur als den Ausdruck seiner inneren Ueberzeugung wieder giebt, sondern weiß auch, — und dieß ist der Hauptgrund, warum ich die Stellung eines Staatsanwalts, der wider seine Ueberzeugung eine Anklage aufrecht halten muß, als eine *mißliche Zwangslage* bezeichne — daß das von so wichtigen Folgen begleitete Ansehen des Staatsanwaltes nur dann ungetrübt erhalten wird, wenn er sich stets auf dem Standpunkte des gerechten, unparteiischen Richters hält, damit ihm der Vorwurf der Härte und Verfolgungssucht auch nicht mit dem Scheine der Wahrheit gemacht werde. D. E.

*) Besteht zwischen dem Staatsanwalte und seinem Stellvertreter dieselbe Meinungsverschiedenheit, wie zwischen dem Staatsanwalt und der Anklagekammer, alsdann ist der Ausweg allerdings leicht gefunden, indem alsdann der Staatsanwalt die Sache an seinen Stellvertreter abgibt.

Gleichwohl glaube ich, daß auch in diesem Falle dem Staatsanwalte das Recht nicht zusteht, auf eine erhobene Anklage zu verzichten. Ich folgere diesen Satz 1) aus in dem öffentlichen Interesse wurzelnden Gründen, 2) aus den Bestimmungen und dem Geiste unseres Einführungsgesetzes.

1) Durch die Versetzung eines Menschen in den Anklagestand ist ausgesprochen, daß ein Verbrechen begangen worden, und daß eine bestimmte Person der Verübung dieses Verbrechens verdächtig sei. Das öffentliche Interesse verlangt es, daß jede Verletzung der Staatsordnung ihre Sühne erhalte. Ein, und das beste Mittel, wodurch diese Sühne herbeigeführt wird, ist die öffentliche Verhandlung, mag deren Erfolg eine Freisprechung, oder eine Verurtheilung sein. Der Ernst des Gesetzes wird dadurch am wirksamsten bethätigt.

Durch die Versetzung eines Menschen in Anklagestand wird ein Staatsbürger für verdächtig erklärt. Es liegt nicht allein im Interesse des also anrüchig Gewordenen, daß er durch eine gerichtliche Verhandlung sich von diesem Makel mittelst Erringung eines freisprechenden Erkenntnisses reinige, sondern es liegt auch im Interesse der Gemeinden keine anrüchigen Personen zu ihren Mitgliedern zu zählen. Das Fallenlassen einer Anklage durch den Staatsanwalt ist keine solche Reinigung, wenn die Versetzung in den Anklagestand, die Anrüchigerklärung durch das Erkenntniß einer Behörde ausgegangen ist. Gerade weil die Verhandlung einer solchen Sache im öffentlichen Interesse liegt, kann selbst nicht durch ein Uebereinkommen zwischen dem Staatsanwalte und dem Angeklagten, wenn auch dieser auf eine öffentliche Satisfaction für seine Person verzichten wollte, eine bereits erhobene Anklage beseitigt werden. Denn in Sachen des öffentlichen Interesses gibt es keine Verzichte der Einzelnen auf ihre Rechte. —

Diese im öffentlichen Interesse wurzelnden Gründe sehe ich allerdings nicht für erheblich genug an, um darauf meine Ansicht allein zu bauen: allein erheblich genug sind sie wohl, um als unterstützende Momente gelten zu können.

2) Der Beschluß, wodurch die Anklagekammer einen Angeschuldigten vor das Schwurgericht zur Aburtheilung verweißt, ist ein „Erkenntniß" (§. 82 Einf.-Ges.), gegen welches, wie bereits oben erwähnt ist, nur dem Angeklagten, nicht aber dem Staatsanwalt ein Rechtsmittel, das der Beschwerdeführung zusteht.

Gerade dadurch, daß das Gesetz ein Rechtsmittel gibt, um die Abänderung des Verweisungserkenntnisses zu erwirken, erklärt es zugleich stillschweigend dessen Unabänderlichkeit auf anderem Wege; mit anderen Worten, es verleiht ihm für den Fall, daß kein Rechtsmittel ergriffen, oder daß das ergriffene verworfen wird, die Eigenschaft der Fortdauer, der Rechtskraft. Es ist sonach nicht allein der Angeklagte und der Staatsanwalt, sondern auch die Anklagekammer selbst daran gebunden, wie jeder Richter, welcher ein Urtheil erlassen, und verkündigt hat, daran gebunden ist, so daß er es nicht mehr abändern kann.

Der Staatsanwalt kann daher auch nicht, und zwar ebensowenig wenn sich neue Beweise für eine größere Verschuldung des Angeklagten, als solche für dessen Unschuld ergeben, durch einen Antrag an die Anklagekammer eine Abänderung ihres Erkenntnisses erwirken; und ebensowenig hat der Angeklagte das Recht, wenn etwa Entlastungszeugen später zu seinen Gunsten aussagen, daraufhin eine Abänderung des Verweisungserkenntnisses zu begehren. Sein einziges Recht besteht vielmehr darin, auf die Mittheilung der Anklageschrift nebst dem Verzeichniß der vorzuladenden Zeugen und Sachverständigen weitere Auskunftspersonen zu benennen, „deren Vorladung in die Sitzung er wünscht." Obschon dem Angeschuldigten durch den §. 30 Einf.-Ges. das Recht gegeben ist, auf Eröffnung der Zusammenstellung hin, weitere Beweise vorzuschlagen, so gibt ihm §. 86 das Recht wiederholt, um seiner Vertheidigung einen möglichst weiten Spielraum zu gewähren.

Es scheint mir auch keinem Zweifel zu unterliegen, daß das Gesetz unter den „weiteren Auskunftspersonen, deren Vorladung er wünscht" nicht nur solche Zeugen versteht, welche bereits einvernommen sind, und die nur über weitere Entlastungsthatsachen, über welche sie noch nicht gehört sind, einvernommen werden sollen: sondern gerade auch solche Zeugen, welche noch gar nicht einvernommen sind. Dieß geht vielmehr mit aller Bestimmtheit aus dem Absatz 4 des §. 86 Einf.-Ges. hervor („oder auf nachträglichen Vorschlag"). Diese neu benannten Zeugen sollen nun vor der Schwurgerichtssitzung durch den Untersuchungsrichter abgehört, und wenn die Thatsachen, welche den Gegenstand ihrer Aussage bilden, erheblich sind, in die Schwurgerichtssitzung vorgeladen werden.

Wäre es der Wille des Gesetzgebers gewesen, je nach dem Ergebnisse der Abhör dieser neuen Entlastungszeugen eine Abänderung des Verweisungserkenntnisses zuzulassen,

so wäre hier sicherlich der Ort gewesen, dieses zu erklären. Statt dessen verordnet aber das Gesetz, daß die Sache auf die Rolle gesetzt werde. §. 87. Damit spricht es also aus, daß die sich etwa ergebenden Entlastungsmomente, von welcher Art und Wichtigkeit sie auch sein mögen, nur Material für die Vertheidigung sein sollen.

Ist der Satz richtig, den ich oben aufgestellt habe, daß auch ein Verweisungserkenntniß der Rechtskraft empfänglich ist, dann darf gewiß am wenigsten der Staatsanwalt auf einem Umwege, durch Verzicht auf die Anklage, dasselbe umstoßen. Er darf es aber auch nicht dadurch, daß er in einem Antrage an die Anklagekammer die Aufhebung des Verweisungserkenntnisses und den Ausspruch: „es sei kein Grund zu weiterer gerichtlicher Verfolgung vorhanden," auf den Grund neu aufgefundener Beweise begehrt. Denn dies wäre in der That weiter nichts als eine Wiederaufnahme des Verfahrens.

In einem solchen Falle kennt aber unser Einführungsgesetz eine Wiederaufnahme des Verfahrens nicht. Es kennt eine solche vielmehr nur in zwei Fällen;

1) wenn das Verfahren eingestellt worden ist (§. 118 Einf.-Ges.),
2) wenn ein Enderkenntniß und zwar
   a) ein verurtheilendes (§. 119 — 121), oder
   b) ein freisprechendes (§. 122), erfolgt ist.

Aber von einer Wiederaufnahme in dem Zwischenverfahren zwischen dem Erkenntniß, daß Grund zu weiterem gerichtlichen Verfahren vorhanden sei, und zwischen dem Enderkenntnisse weiß unser Gesetz nichts.

Es ist allerdings richtig, daß der Staatsanwalt dadurch in eine mißliche Stellung geräth, daß er eine Anklage aufrecht halten muß, welche mit seiner rechtlichen Ueberzeugung im Widerspruche steht, oder wenn die anfangs bei Erhebung der Anklage vorhandenen, der Staatsbehörde günstigen Beweise sich im Verlaufe der Verhandlung in einen vollkommenen Entlastungsbeweis verkehren. Im letzteren Falle, wo es sich nur um die Würdigung von Thatsachen handelt, kann er ohne der Würde seiner Stellung etwas zu vergeben, geradezu erklären, daß nunmehr die Entlastungsbeweise die der Belastung entkräftet haben, und daß er den Geschworenen die Entscheidung über Schuld oder Nichtschuld lediglich anheimgebe. Ein gewissenhafter Staatsanwalt wird dieses sogar thun; er tritt dadurch dem Ansehen der Anklagekammer nicht entgegen, denn das Verweisungserkenntniß wurde ja von ihr erlassen, ehe die Entlastungsbeweise ihr bekannt waren. Im ersteren Falle, der meistens nur eintritt, wo es sich um Würdigung von mehr rechtlichen, als faktischen Momenten handelt, wo daher seltener die Geschworenen, als der Schwurgerichtshof zu deren Entscheidung berufen sein werden, wird er seiner ihm durch das Gesetz auferlegten Pflicht, wie seiner Ueberzeugungstreue genügen, wenn er die Gründe, welche gegen die Anklage sprechen, anführt, dagegen aber auch gewissenhaft alle jene Gründe aufsucht und ausführt, welche für die Aufrechthaltung der Anklage dienlich sein können. Den zur Entscheidung berufenen Richtern mag dann die Abwägung der Gründe und Gegengründe überlassen bleiben.

Ottendorff.

II.

1) Ueber relative Nichtigkeiten. L.R.S. 6o.
2) Ein Rechtsgeschäft kann nicht als für eine Gemeinde, beziehungsweise von ihr abgeschlossen gelten, bei welchem die Gemeinde nicht durch diejenigen Behörden vertreten ist, deren Zusammenwirken bei einem derartigen Rechtsgeschäfte das Gesetz fordert. L.R.S. 1108.
3) Der Gemeinderath kann insbesondere nicht für sich allein die Zehntablösungsausstände mit ihrem Vorzugsrechte gültig cediren. §. 71 No. 4. 26 des Zehntablösungsgesetzes und §. 137 No. 3 der G.O.
4) Sollte auch der eine Contrahent den Vollzug eines Vertrags schon begonnen haben, so ist er doch berechtigt, mit diesem Vollzug einzuhalten, sobald er sich überzeugt, daß von Seiten des andern Contrahenten eine Zustimmung gar nicht erfolgte, indem der L.R.S. 1338 auf einen solchen Fall keine Anwendung findet.
5) Das Mandat des Gemeinderaths, welches ihm das Gesetz zum Zweck der Zehntablösung ertheilt, ist mit endgültiger Festsetzung des Ablösungscapitals erloschen.
6) Als Geschäftsherr muß die ablösende Gemeinde alle die Verbindlichkeiten erfüllen, welche der Gemeinderath, als ihr Geschäftsführer, in deren

Namen übernommen hat, vorausgesetzt, daß das Geschäft selbst gut geführt worden ist. L.R.S. 1372 und 1375.

Im Juli 1851 machte die Stadtgemeinde Adelsheim eine Entschädigungsforderung gegen den Kaufmann E. Hubert von da wegen nicht erfüllten Vertrags gerichtlich geltend. Die Klage wurde dahin begründet:

Der Beklagte habe sich in den Jahren 1838 u. 1839 verbindlich gemacht, den Einzug der Zehntschuldigkeiten der einzelnen in der Gemarkung der Klägerin zehntpflichtigen Güterbesitzer nach Verhältniß ihres Grundsteuer-Kapitals zu besorgen und demgemäß die Zehntberechtigten binnen 5 Jahren mit ihrem festgesetzten Ablösungskapitalanspruche sammt Zinsen zu befriedigen; derselbe habe jedoch, obgleich kraft Vertrags und kraft Gesetzes (L.R.S. 1251 a) in das Vorzugsrecht der Berechtigten eingetreten, den Vertrag nur theilweise und nicht vollständig erfüllt, eben dadurch aber die Gemeinde in Schaden versetzt, welchen er zu ersetzen verbunden sei.

Auf die Vernehmlassung des Beklagten, wodurch das Zustandekommen des Vertrags in Abrede gezogen wurde, wies der Unterrichter die Klägerin mit der geltend gemachten Entschädigungsforderung ab, indem er davon ausging, daß der L.R.S. 1251 No. 1 hier keine Anwendung finde, weil der Eintritt in das der Stadtgemeinde gegenüber den Zehntpflichtigen zustehende Vorzugsrecht nur kraft Vertrags hätte erfolgen können; daß der Gemeinderath nach §. 122 der G.O. zur Uebertragung eines solchen Vorzugsrechts, welches ein dingliches Recht an einer Liegenschaft zum Gegenstand habe, nicht legitimirt gewesen sei, indem nach §. 26 des Zehntablösungsgesetzes die Gemeinde in die Rechte eintrete, welche der §. 16 des gedachten Gesetzes der Gesammtheit, den einzelnen Schuldnern gegenüber, einräume. Die Gemeinde habe nun aber bei dem Abschluß fraglichen Vertrags nicht mitgewirkt, derselbe müsse daher auch bei dem Abmangel der Einwilligung des einen contrahirenden Theils als gar nicht zu Stande gekommen betrachtet, und könne dieser Mangel durch den etwaigen Vollzug von Seiten des Beklagten nicht geheilt werden.

Der dritte Senat des unterrheinischen Hofgerichts, an welches die Berufung ausgeführt ward, setzte zunächst das Zustandekommen des Vertrags in der behaupteten Weise zum Beweis aus, beziehungsweise daß der Beklagte auf die von der Klägerin behaupteten Bedingungen hin, die Besorgung des fraglichen Geschäfts übernommen habe.

Dabei bemerkte das Hofgericht noch in der Motivirung seines Beweiserkenntnisses:

Der vom Unterrichter angegebene Grund der Abweisung vermag solche nicht zu rechtfertigen, indem der in Frage stehende Mangel der Zustimmung der Gemeindeversammlung, deren Nothwendigkeit vorerst dahin gestellt bleiben kann, keinesfalls eine unbedingte (absolute) Nichtigkeit, sondern immer nur eine bedingte (relative) zum Vortheil der Gemeinde gegebene und nur von dieser und ihrem Rechtsnachfolger, nicht vom Gegenbetheiligten geltend zu machende Nichtigkeit begründen könnte. L.R.S. 6 a.

Indessen bestätigte der Oberrichter das unterrichterliche Erkenntniß unter dem 16. April 1853, und zwar aus folgenden Gründen:

Die Klägerin wird als moralische Person bei allen Rechtsgeschäften durch ihre gesetzlich bestimmten Behörden vertreten. Ein Rechtsgeschäft, bei welchem sie nicht durch diejenigen Behörden vertreten ist, deren Zusammenwirken bei Geschäften solcher Art das Gesetz fordert, kann nicht als für sie, beziehungsweise von ihr abgeschlossen gelten, da bei dem Mangel oder der Mangelhaftigkeit ihrer Vertretung ihre Einwilligung nicht erklärt ist.

Dem E. Hubert sollen nun von der Gemeinde die Zehntablösungsausstände mit ihrem Vorzugsrechte gegen die Zusage überlassen worden sein, dieselben in 5 Jahren an die Gläubiger abzutragen. Hierbei soll für die Gemeinde nur der Gemeinderath gehandelt haben, wie in der Appellationsbeschwerdeschrift eingeräumt ist.

Zu diesem Vertrag war aber nach §. 122. 135 Z. 9. 137 §. 12 Z. 2 u. 4 der G.O. die Zustimmung, wenn nicht der Gemeinde, so doch jedenfalls des kleinen Bürgerausschusses erforderlich und diese Zustimmung war unter den Formen auszusprechen, welche für Gemeindeversammlungen in der Verordnung vom 16. April 1833 (Reggsbl. No. 17) und für die Einholung der Zustimmung des Bürgerausschusses in den §§. 136. 137 der G.O. vorgeschrieben sind. Vrgl. L.R.S. 1108 a.

Ganz abgesehen davon, daß in dem vorliegenden Falle weder die eine noch die andere dieser — ja, daß nicht einmal die für die Beschlußfassung der Gemeinderäthe in den §§. 43 u. 46 der Gemeindeordnung vorgeschriebenen Formen eingehalten worden zu sein scheinen, so war jedenfalls die Gemeinde durch den Gemeinderath nicht genügend vertreten, sie hat also, weil mangelhaft vertreten,

weder das Anerbieten des E. Hubert angenommen, noch ihrerseits die von ihm bedungenen Gegenzusagen gemacht. Die Legitimation des Gemeinderaths kann nicht aus §. 49 des Zehntablösungsgesetzes hergeleitet werden, wornach er nur ermächtigt ist, den Beschluß der Gemeinde, daß eine Zehntablösung stattfinden solle, zu vollziehen; denn hier handelte es sich nicht um den Abschluß eines Zehntablösungsvertrags, sondern um Uebertragung der aus solchen bereits abgeschlossenen Verträgen für die Zehntpflichtigen nach §. 14. 15. 26. 71 des Zehntablösungsgesetzes entstandenen Rechtsverhältnisse an eine dritte Person, also um eine Thatsache, die keinen nothwendigen Bestandtheil des Zehntablösungsverfahrens bildet.

Ist aber beim Mangel ihrer rechtzeitigen Zustimmung der Vertrag nicht zu Stande gekommen, L.R.S. 1108, so kann sie weder dessen Vollzug begehren, noch durch den Nichtvollzug desselben verletzt sein.

Der L.R.S. 6° schlägt hier nicht ein, da es sich nicht um die Frage handelt, ob die rechtlichen Folgen einer von der Gemeinde wirklich vorgenommenen Handlung kraft einer Gunst des Gesetzes von ihr abgewendet werden können, sondern vielmehr nur um die Frage, ob von der Gemeinde, einer moralischen Person, die Einwilligung zu dem Rechtsgeschäfte ertheilt worden war, aus welchem sie jetzt Entschädigungsansprüche ableitet. Vrgl. L.R.S. 1108 Abs. 2. 3. 1123.

Da dies nicht der Fall war, so ist ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht zu Stand gekommen, der andere Theil also auch nicht durch sein Anerbieten — die Erklärung seiner Einwilligung gebunden, vielmehr berechtigt gewesen, dieselbe zurückzunehmen, worauf nun die Gemeinde durch nachträgliche Ertheilung ihrer früher unterbliebenen förmlichen Einwilligung den Beklagten nicht mehr binden kann.

Daraus, daß Beklagter Zehntablösungsbeträge erhob und an Zehntberechtigte abtrug, folgt nicht, daß dies zum Vollzug des in der Klage geltend gemachten Vertrags geschah: wenn aber E. Hubert wirklich seinerseits den Vollzug jenes Vertrags begonnen hätte, so war er nichts destoweniger berechtigt, damit einzuhalten, sobald er sich überzeugte, daß gegnerischerseits eine Zustimmung nicht erfolgte. Denn der L.R.S. 1338 spricht nicht von diesem Falle, sondern davon, daß die zur Anfechtung eines von ihr wirklich abgeschlossenen Vertrags kraft gesetzlicher Begünstigung befugte Person diesen, obgleich er ihrer Anfechtung unterläge, dadurch, daß sie ihn demohngeachtet vollzog, als gültig erkannt hat.

Nachtrag.

Nachdem so der vorstehende Rechtsstreit erledigt war, entspann sich ein neuer Prozeß zwischen der Gemeinde und den Erben des mittlerweile verstorbenen E. Hubert.

Der letztere hatte nämlich über den von ihm bewirkten Einzug der Zehntschuldigkeiten 2 Rechnungen gestellt, sich darin als provisorischen Vorträger bezeichnet, von jedem Gulden der Reineinnahme für seine Mühewaltung 1 kr. Zählgeld berechnet, und unter diesem Titel in beiden Rechnungen zusammen 580 fl. 49 kr. in Ausgabe gebracht.

Auf den Grund dieser Thatsache und der Behauptung, daß ein Vertrag mit der Stadtgemeinde, wornach dem E. Hubert die Vorträgerstelle definitiv übertragen und ihm eine Belohnung zugesichert worden wäre, nicht zu Stande gekommen sei, begehrte nun die Stadtgemeinde von den Erben des E. Hubert die Herauszahlung der von diesem bezogenen 580 fl. 49 kr. nebst Verzugszins.

Die Beklagten behaupteten dagegen, daß E. Hubert von dem Gemeinderath in Adelsheim provisorisch als Zehntvorträger bestellt worden; daß es allgemeine Regel sei, daß ein Zehntrechner für sein Geschäft eine Belohnung und zwar wenigstens von 1 kr. per Gulden erhalte; daß Hubert diese Belohnung in seinen Vorberichten zu den Zehntrechnungen auch jedesmal angesprochen und der Gemeinderath gegen die Aufrechnung derselben keine Einsprache erhoben, dieselbe vielmehr in den Jahren 1839 bis 1849 ausdrücklich genehmigt habe, wogegen die Klägerin nur die Beanspruchung der Belohnung in den fraglichen Vorberichten zugab.

Der Unterrichter setzte die Behauptung der ausdrücklichen Genehmigung des Zählgeldes durch den Gemeinderath, so wie die der jeweiligen Eröffnung der Zehntrechnungen an denselben zum Beweise aus und machte in seinem Enderkenntnisse die Verurtheilung der Beklagten von der Ausschwörung eines den noch am Leben befindlichen früheren Mitgliedern des Gemeinderaths über das Nichtwahrsein der behaupteten Genehmigung des Zählgeldes auferlegten Notheides abhängig.

Auf die von der Klägerin hiergegen ergriffene Berufung erkannte der III Civilsenat des unterrheinischen Hofgerichts durch Urtheil vom 8. Juli 1854 **abändernd** die Beklagten zur Zahlung der eingeklagten 580 fl. 49 kr. nebst Verzugszins für schuldig.

Gründe:

Mit der Vermittlung der Ablösung des Zehntens durch

die Gemeinde trat diese in die Rechte der Zehntberechtigten gegenüber den Zehntberechtigten, während die Zehntberechtigten es nur mit der juristischen Person der Gemeinde und nicht mit den einzelnen Gutsbesitzern zu thun haben. Die Gemeinde hat hiernach für die Abtragung des Ablösungskapitals und den Einzug der Beiträge der Pflichtigen zu sorgen. Hiefür ist nach §. 71 des Zehntablösungsgesetzes ein Vorträger oder Einzugsbevollmächtigter zu bestellen. Als solcher erscheint der Rechtsvorfahrer der Beklagten, E. Hubert. Da jedoch eine juristische Person nur durch die für das in Frage stehende Rechtsgeschäft gesetzlich bestimmten Vertreter verpflichtet werden kann (L.R.S. 1108), so fragt es sich zunächst, ob der Gemeinderath als solcher bezüglich der Aufstellung und Belohnung des Vorträgers oder des zum Einzug der Beiträge Bevollmächtigten als legitimirt angesehen werden darf. Der Unterrichter hat sich für diese Annahme auf §. 128 der G.O. berufen. Allein wollte man diesen §. auch analog anwenden, so bedürfen die Beschlüsse des Gemeinderaths über die Ernennung und den Gehalt des Gemeinderechners zu ihrem Vollzuge nach §. 135 Ziff. 3 der Zustimmung des Bürgerausschusses, deren Ertheilung im vorliegenden Falle nicht stattfand.

Der Unterrichter hat sich ferner zur Begründung der Legitimation des Gemeinderaths auf §. 49 des Zehntablösungsgesetzes bezogen. Dieser §. bevollmächtigt den Gemeinderath, für die Gemeinde diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche nöthig sind, um dem Berechtigten gegenüber das Ablösungskapital festzusetzen. Es geht insbesondere aus dem §. 50 des Ablösungsgesetzes und dem dort den Bevollmächtigten der Zehntspflichtigen gegebenen Auftrage hervor, daß der Gemeinderath nur die Ablösungsverhandlungen zu besorgen hat. Schon beim endgültigen Abschluß des gütlichen Uebereinkommens ist die Zustimmung des Bürgerausschusses erforderlich. §. 53 und 54 des Zehntablösungsgesetzes.

Es ist daher das Mandat des Gemeinderaths, welches ihm das Zehntablösungsgesetz ertheilt, mit endgültiger Festsetzung des Ablösungskapitals erloschen.

§. 71 desselben bestimmt in Uebereinstimmung hiemit, daß nach dieser Festsetzung zur Entscheidung der dort angeführten Punkte, insbesondere der unter ihnen aufgenommenen Bestellung der Vorträger, der Bürgermeister die Zehntpflichtigen selbst, also nicht ihre beim Zehntablösungsverfahren thätigen Bevollmächtigten, beziehungsweise ihre Vermittler, also die Gemeinde und nicht den in ihrem Namen bisher bei diesem Verfahren thätigen Gemeinderath zu versammeln habe. Wollte man nun auch nicht gerade die Gemeinde selbst als zu dieser Beschlußfassung nothwendig betrachten, sondern ihre gesetzlichen Vertreter, so sind die in §. 71 des Zehntablösungsgesetzes aufgeführten Punkte jedenfalls der Art, daß nach §. 135 der G.O. ihre Entscheidung der Zustimmung des Bürgerausschusses in den Formen des §. 136 und 137 der G.O. bedarf.

Es ist daher der Vertrag, welchen der Gemeinderath mit E. Hubert bezüglich des Einzugs der Beiträge der Zehntpflichtigen abgeschlossen hat, für die Gemeinde nicht bindend. E. Hubert erscheint der Gemeinde gegenüber lediglich als Geschäftsführer, welcher eine Belohnung nicht zu fordern, wohl aber die eingezogenen Beiträge der Zehntpflichtigen herauszugeben hat. L.R.S. 1372. 1993.

Thibaut, Pandekten VIII. Ausgabe §. 628—630.

Da er zugestandenermaßen an diesen Beiträgen 580 fl. 49 kr. zurückbehalten hat, so ist derselbe, beziehungsweise seine Erben, schuldig, sie der Gemeinde herauszubezahlen.

Die Beklagten ergriffen die Oberappellation, in Folge deren der höchste Gerichtshof unter dem 20. März 1855 das hofgerichtliche Urtheil aufhob und das amtliche Urtheil wieder herstellte.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die neue Klage gegen Huberts Erben unterstellt ein ganz anderes Rechtsverhältniß zwischen der klagenden Stadtgemeinde und dem Rechtsvorfahrer der Beklagten, als im frühern sich auf einen angeblichen Cessionsvertrag basirenden Rechtsstreit behauptet worden ist, und auf welche die dem frühern hofgerichtlichen Urtheil vom 16. April 1853 unterlegten Grundsätze nicht diejenige Anwendung finden können, welche ihnen die Klägerin in gegenwärtigem Prozesse geben will.

Jetzt nemlich ist von der klagenden Stadtgemeinde anerkannt, daß Hubert von dem Jahre 1838 an bis 1849 den Dienst eines Zehntrechners (eines Vorträgers im Sinne des §. 71 No. 4 des Zehntablösungsgesetzes) in Bezug auf den von der Stadt Adelsheim abgelösten Zehnten wirklich versehen, und über seine Verwaltung auch zwei von großh. Amtsrevisorat A. längst revidirte Rechnungen gestellt hat, und es wird von der Klägerin jetzt die dem frühern Streite ganz fremde Frage aufgeworfen, welche Rechte dem Hu-

bert aus seiner (factischen) Verwaltung der Zehntrechnersstelle erwachsen sind.

Nach des Beklagten Behauptung ist er von dem Gemeinderath als Zehntrechner aufgestellt, und ihm als Belohnung für die übernommene Amtsführung 1 kr. Zählgeld von jedem Gulden seiner Einnahme bewilligt worden. Die auf solche Weise von Hubert während seiner 11 jährigen Dienstführung mit 580 fl. 49 kr. bezogene Belohnung verlangt nun aber die Stadtgemeinde A. von dessen Erben rückerstattet, weil der Gemeinderath, so wenig er ermächtigt gewesen sei, den den Streitgegenstand des früheren Prozesses bildenden Vertrag in gültiger Weise abzuschließen, ebensowenig für sich allein, sondern nur mit Zustimmung der Gemeinde selbst, oder ihres Ausschusses befugt gewesen sei, einen Zehntrechner aufzustellen, und diesem einen Gehalt festzusetzen, weil eine solche Zustimmung der Gemeinde oder ihres Ausschusses aber nicht vorliege, ja nicht einmal von Beklagter Seite behauptet und daher die von Hubert bezogene Belohnung ein unrechtmäßiger Bezug sei.

Es ist nun allerdings nach §. 71 No. 4, vergl. mit §. 26 des Zehntablösungsgesetzes, in Verbindung mit §. 137 No. 3 der G.O. nicht zu bezweifeln, daß der Gemeinderath der Stadt Adelsheim dadurch, daß er ohne vorherige Zustimmung der Gemeinde oder ihres Ausschusses den H. als Zehntrechner aufgestellt, und ihm für seine Dienstführung eine Belohnung ausgeworfen, — seine Amtsführung überschritten hat, und daher auch die Stadtgemeinde jeder Zeit befugt gewesen wäre, dem H. das ihm vom Gemeinderath übertragene Amt wieder abzunehmen. Hieraus folgt aber keineswegs, daß Huberts Erben auch den von ihrem Erblasser für wirklich geleistete Dienste bezogenen Lohn wieder herausgeben müssen, nachdem die Gemeinde die im Einzug der Zehntgelder von den Zehntpflichtigen und in der Auszahlung der Zehntablösungsgelder an die Grundherrn von Adelsheim bestandenen Dienste Huberts, welche von diesem nur in der Erwartung des für solche Dienste üblichen Lohnes geleistet wurden, 11 Jahre lang angenommen hat.

Der Gemeinderath der Stadt A. hat nämlich dadurch, daß er Namens der Stadtgemeinde und für diese die zum Vollzuge des abgeschlossenen Zehntablösungsgeschäfts durchaus nothwendige Verwaltung der Zehntgelder anordnete, während die Gemeinde selbst dies nicht that — offenbar nur die Geschäfte der Gemeinde im Sinne des L.R.S. 1372 geführt, wenn auch ohne die durch das Zehntablösungs- und Gemeindegesetz vorgeschriebene ausdrückliche Genehmigung der Gemeinde. In diesem Falle ist aber nach L.R.S. 1375 (wie nach gemeinem Rechte — vergl. Wächter im civilist. Archiv XX. S. 337 —) die Gemeinde als Geschäftsherr verbunden, alle die Verbindlichkeiten zu erfüllen, welche der Gemeinderath als ihr Geschäftsführer bei seiner Geschäftsführung Namens der Gemeinde übernommen hat, vorausgesetzt, daß das Geschäft selbst gut geführt worden ist. — Daß aber die vom Gemeinderath erfolgte Aufstellung Huberts als Zehntrechner eine der Gemeinde nachtheilige Handlung, oder daß die dem H. bewilligte und von ihm bezogene Belohnung eine übermäßige gewesen sei, ist von der klagenden Stadtgemeinde selbst nicht behauptet worden, und konnte auch, hingesehen auf die von großh. Amtsrevisorat vorgenommene Revision der von H. gestellten Rechnungen, und auf die bestehenden (schon durch die Tax- und Sportelordnung vom 17. Juli 1807 gebilligte) Uebung einer ähnlichen Zählgeldsbewilligung für die Verwaltung fremder Gelder nicht behauptet werden.

Es mußte hiernach auf die von den Beklagten eingeführte Oberappellation das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben und das in erster Instanz ergangene Urtheil wieder hergestellt werden, nachdem die Beklagten selbst sich darüber nicht beschwert haben, daß die Entscheidung des Rechtsstreits in erster Instanz noch von einem Notheide abhängig gemacht worden ist, und es hiernach der Prüfung der Frage nicht bedarf, ob nicht nach Lage der Verhandlung, und insbesondere mit Rücksicht auf das der letzten Rechnung beigefügte Protokoll vom 30 Juli 1849, worin der Gemeinderath nicht den geringsten Anstand gegen das verrechnete Zählgeld erhoben hat, eine unbedingte Abweisung der Klage hätte erfolgen sollen. (Dieses Protokoll enthält eine förmliche Eröffnung der zweiten, von Hubert pro 1845/49 gestellten Zehntrechnung an den Gemeinderath, worin der letztere lediglich nur die von Hubert bewirkte Berechnung einer Zinsvergütung für die von ihm geleisteten Vorschüsse beanstandete).

Wilckens.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. **No. 33.**

I.

Aus der Lehre vom Versuche.

I.

Verhältniß des Verbrechensversuchs zum Mangel am Thatbestande.

Von welcher practischen Bedeutung die richtige Würdigung dieses Verhältnisses ist, hat sich in neuester Zeit wieder an dem Cassationsfalle gezeigt, welcher in den Nummern 7 und 8 des diesjährigen Jahrgangs dieser Zeitschrift besprochen ist. Das Oberhofgericht forderte hier in Uebereinstimmung mit dem Schwurgerichtshofe zum Versuche der Fälschung wenigstens einen Anfang des Gebrauchs der falschen Urkunde und nimmt Mangel am Thatbestand und Straflosigkeit an, weil die Geschworenen nur die auf den Act des **Fälschens** gerichtete Frage bejaht haben. Von Seiten der Staatsbehörde wurde dagegen geltend gemacht, daß die Thätigkeit des Gebrauchs nur die Vollendung bedinge und ohne deren Eintritt wenigstens ein Versuch vorliege.

Zum **Versuch** eines Verbrechens gehören alle **wesentlichen** Merkmale desselben. Die Ansicht Feuerbach's, daß der Richter auch beim Abmangel eines wesentlichen Merkmales auf eine, wenn auch gemilderte, Strafe zu erkennen habe, ist mit Recht jetzt allgemein verworfen. Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts XIV. Aufl. §. 97 Note I. und II. Herausg. — **Oberhofgerichtliche Jahrbücher** n. F. IV. p. 83. **Neues Archiv** des Criminalrechts III. Bd. p. 394 u. XIII. Bd. p. 569.

Auch der **Thatbestand** des Verbrechens wird durch die Summe der **wesentlichen** Merkmale gebildet. *)

Der Versuch des Verbrechens, in dem Momente fixirt wo er criminell strafbar wird, hat also mit dem Begriff des Thatbestandes gleichen Umfang; beide Begriffe decken sich.

Das Hinzukommen unwesentlicher, nur auf die Verwirklichung, Beendigung des Verbrechens Bezug habender Merkmale bildet den Begriff des **vollendeten Verbrechens**.

Der Versuch birgt demnach den reinen Kern des Verbrechens. So erklärt sich das System des römischen, des französischen Rechts.

Wenn, im Gegensatz zu diesen Codificationen, ein Gesetzbuch den Grundsatz der geringeren Strafbarkeit des Versuches aufstellt, so hat dasselbe bezüglich der Charak-

---

*) **Brackenhöft** im Archiv des Crim. Rechts n. F. Jahrgang 1847. I. p. 60: „die Vorbereitung hört da auf, wo der s. g. objektive Thatbestand in's Dasein zu treten beginnt; mag er nun vollendet werden oder nicht. **Luden**, Abhandlungen II. Bd. Ueber den Thatbestand des Verbrechens nach gemeinem deutschem Rechte. I. Kapitel, 1. Abtheilung: „das versuchte Verbrechen muß im Wesentlichen dasselbe Verbrechen sein, wie das vollendete; nur fehlt beim ersten noch ein Umstand, der zwar das Wesentliche des Verbrechens nicht verändert, aber dessen Dasein oder Nichtdasein härtere oder gelindere Strafe zur Folge hat." — „Die richtige Ansicht ist, den Begriff des Verbrechens so zu bezeichnen, daß Versuch und Vollendung in gleichem Maaß darunter begriffen sind, und zu dem so gebildeten Begriff oder Thatbestand kann alsdann das Merkmal oder der Umstand nicht mehr gehören, durch dessen Dasein der Versuch von der Vollendung unterschieden wurde. — — Der Versuch ist auch Verbrechen, und muß folglich auch den Thatbestand des Verbrechens und zwar, da es keinen Versuch im Allgemeinen gibt, den Thatbestand eines bestimmten Verbrechens haben. Insofern kann also Mangel am Thatbestand nicht Versuch sein. Nennt man dagegen Thatbestand nur den Begriff der zum **vollendeten** Verbrechen gehörigen Merkmale, so ist bei dem nicht vollendeten Verbrechen allerdings Mangel am Thatbestand vorhanden. Der Mangel besteht alsdann darin, daß bei dem versuchten Verbrechen die äußere Erscheinung nicht hervorgebracht war, durch welche eben das vollendete Verbrechen gebildet wird. Man muß nur darüber nicht vergessen, daß dem Versuch des Verbrechens auch an seinem Thatbestande nichts mangeln dürfe."

terisirung der Verbrechen zwischen 2 Verfahrungsweisen zu wählen.

Dasselbe kann:

1) den Thatbestand des Verbrechens, d. h. die essentiellen Merkmale bestimmen.

Dadurch ist nach dem Obigen zugleich der Versuch dieses Verbrechens definirt.

Davon gesondert sind dann jeweils die unwesentlichen Merkmale zu bezeichnen, in welche der Gesetzgeber die Vollendung setzt. *)

Statt dieser Methode kann Letztrer auch

2) sich darauf beschränken, den Begriff des vollendeten Verbrechens zu definiren, die Deduction des Versuchs i. d. R. dem Richter überlassend. **) Damit steht dann in Verbindung, daß in dem allgemeinen Theile die Strafe des Versuches ein für alle Male auf gewisse Bruchtheile des vollendeten Verbrechens festgesetzt wird, so daß das 2. System vor dem 1. den Vorzug der Einfachheit hat, weil das letztere bei jedem einzelnen Verbrechen doppelte Begriffsbestimmung und Straffanktion fordert.

Aber diese Kürze hat erhebliche Bedenken; sie überläßt es dem Richter, aus der Vermischung des Wesentlichen und Unwesentlichen im Begriffe des vollendeten Verbrechens zum Zwecke der Construirung des Versuchsbegriffs die essentiellen Merkmale abzusondern und an der Stelle des Gesetzgebers gleichsam ein neues Verbrechen zu schaffen — eine schwierige Aufgabe, wenn sie im Geiste des Gesetzgebers gelöst werden soll. Schwierig, wenn wie in dem eingangserwähnten Falle in den Vorarbeiten zu dem Gesetzbuche, den ständischen Berathungen u. s. w. Widersprüche vorkommen; schwierig, wenn ohne solche Anhaltspunkte der Richter auf die Entwicklung des Begriffes aus der Natur der Sache verwiesen ist.

*) Rossi, traité de droit pènal II. c. 31 schlägt vor, bei jedem Hauptverbrechen die Bestimmung bezüglich des Versuches beizufügen, so oft es sich um ein Verbrechen handelt, dessen Versuch bestraft werden soll.

**) Dieß ist auch das System des badischen St.G.B. Dasselbe definirt i. d. R. den Thatbestand des vollendeten Verbrechens. Nur ausnahmsweise ist bei einzelnen Vergehen des Versuches besonders gedacht. s. §. 122. 125. 475. 598 St.G.B.

Bezüglich der im 34. Titel enthaltenen Vergehen des Meineides u. s. w. setzt der §. 493 den Anfang der Strafbarkeit fest; aber nicht um Versuch und Vollendung abzugränzen, sondern um auszusprechen, daß hier überhaupt ein Versuch nicht möglich sei. Verhandlungen der II. Kammer 1839/40 IV. Beilageheft p. 150 Thilo St.G.B. p. 411.

Es sind bei der Construirung des Versuchsbegriffs aus dem in dem Gesetze gegebenen Thatbestande des vollendeten Verbrechens zwei Gefahren zu vermeiden; die, daß zu viel, und die, daß zu wenig zum Versuche gefordert werde. Und es ist die erste Gefahr, — daß man nemlich in das Gebiet des vollendeten Verbrechens eingreife, die leichter mögliche; denn die Merkmale der Vollendung sind nicht lediglich dem Wesen des Verbrechens entnommen; sie sind mehr willkürlich. Ein Anderes denkt sich der Laie unter der Vollendung eines Vergehens (z. B. des Diebstahls), ein Anderes schwebt dem Verbrecher als der von ihm erzielte Erfolg vor; ein Anderes statuirt der Gesetzgeber, die Wissenschaft als Vollendung.

Den Beweis liefern die vielen Controversen des gemeinen Rechts über das Stadium der Consummation bei einzelnen Verbrechen, z. B. Diebstahl, Fleischesverbrechen, Fälschung, Brandstiftung, während über den Thatbestand der Verbrechen weniger Streit war.

Denn der letztere oder m. a. W. der Anfang der Strafbarkeit des Versuches muß aus dem Wesen des Verbrechens geschöpft werden und nur aus diesem.

Zwar bestimmt unser Strafgesetz, daß der Versuch durch einen Anfang der Ausführung bedingt sei und man könnte geneigt sein, in dieses Erforderniß die Grenze zwischen Versuch und Mangel am Thatbestand zu setzen. Allein bei der Anwendung dieses vermeintlichen Kriteriums wird man finden, daß dasselbe zwar den Punkt festsetzt, bis zu dem eine begonnene Thätigkeit fortgesetzt sein muß, um Versuch zu sein; daß solches aber für die zweite wesentliche Frage nicht Maß gibt, nach welchen Richtungen hin die Thätigkeit begonnen sein müsse.

Bei dem mehrerwähnten Verbrechen der Fälschung gehört zur Vollendung: Fälschung und Gebrauch der Urkunde §. 423 St.G.B. Ist nun zum Versuch in beiden Richtungen der Thätigkeit — dem Fälschungs- und Gebrauchsakte — oder nur in der Richtung des ersten Actes ein Anfang der Ausführung nöthig oder muß der Act des Fälschens ganz beendigt sein, während nur der Gebrauch noch nicht eingetreten ist? *)

*) Auch Brackenhöft l. c. p. 72 weißt darauf hin, daß die Bestimmung allein, wornach zum Versuch ein Anfang der Ausführung gehöre, nicht ausreiche und bemerkt mit Recht, daß, wenn man zum Anfang der Ausführung eine Handlung fordert, welche als wirklicher Bestandtheil der im Gesetze bedrohten That betrachtet werden kann, es sich im einzelnen Falle stets wieder frage, wenn eine Handlung als ein solcher Bestandtheil betrachtet werden kann.

Dazu kömmt, daß der Anfang der Ausführung als ausschließliches Prinzip angenommen, zum Glauben veranlassen könnte, als sei ein Anfang der Thätigkeit nöthig, die den eigentlichen Kern des Verbrechens birgt, z. B. beim Diebstahl ein Anfang der Entwendung, und daß also beim gefährlichen Diebstahl das Anlegen der Leiter, wie das Erbrechen von Thüren und Schränken als Vorbereitungshandlung straflos sei — eine Bestimmung, welche der Gerechtigkeit Hohn sprechen würde. Annalen XXII. No. 43 p. 344. Verhandlungen der II. Kammer 1839/40 VII. Beilageheft p. 71 (Welcker Commissionsbericht zu §. 39a Entwurf.)

Zachariä, die Lehre vom Versuche der Verbrechen, I. Theil §. 107.

Man könnte den Nachtheil der zweiten Verfahrungsweise — wornach nur der Thatbestand des vollendeten Verbrechens definirt wird — dadurch zu beseitigen suchen, daß man in das Gesetzbuch ein allgemeines Merkmal, was zum Anfang der Ausführung gehört, aufnimmt, wodurch denn die Definition des Versuches bei jedem einzelnen Verbrechen unnöthig würde. In der That macht Zachariä. l. c. §. 104 — 109 diesen Vorschlag. Allein es leuchtet wohl ein, daß man die Mannigfaltigkeit, in der ein Anfang der Ausführung bei jedem einzelnen Vergehen zur Erscheinung kommen kann, nicht in einen allgemeinen Satz bannen kann. Eine solche Bestimmung würde wohl im Stande sein, die blosen Vorbereitungshandlungen strenger auszuscheiden; allein ob durch sie auch die Gränze zwischen dem versuchten und vollendeten Verbrechen fixirt werden könnte, muß bezweifelt werden.

Man hat die Frage auch schon durch Aufstellung des Satzes lösen wollen, daß Versuch vorliege, wenn das fehlende Merkmal blos die Vollendung des Verbrechens bedinge.

Mittermaier zu Feuerbach's Lehrbuch §. 97 Note I.

Zachariä l. c. I. Theil §. 11 ff. drückt denselben Gedanken so aus, es sei Mangel am Thatbestand, nicht Versuch, wenn der Mangel nicht das Fortschreiten oder die Beendigung der verbrecherischen Thätigkeit oder den Eintritt der zum Begriff des Verbrechens erforderlichen Wirkung, sondern eine andere Eigenschaft des Verbrechens betreffe.

Allein abgesehen von der Unbestimmtheit dieser Criterien und da hiernach dennoch stets auf die Prüfung der Wesentlichkeit des Merkmals müßte zurückgegriffen werden, so sind dieselben für das badische Strafsystem unanwendbar. Dieses nimmt nämlich in den §§. 40 und 111 St.G.B. einen Versuch mit untauglichen Mitteln und an untauglichem Objekte an, obgleich hier Merkmale fehlen, welche nicht die Vollendung, sondern die Möglichkeit eines Verbrechens überhaupt bedingen.

Gerade aus diesem Grunde tadelt es deßhalb Köstlin, neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts I. Theil §. 120. 121 das Criterium lediglich in den Umstand zu setzen, daß die Handlung in ihrem succesiven Verlauf unterbrochen wurde.

Wenn übrigens Köstlin selbst Alles darein setzt, daß zum Versuche die volle, den ganzen Thatbestand umfassende Absicht gehöre, und daß stets, wenn dieß der Fall sei, Versuch, andernfalls Mangel am Thatbestand vorliege, so ist hiermit einerseits die Frage nicht gelöst, sondern nur umgangen, weil es sich dabei stets fragen wird, worin der „ganze Thatbestand" liege. Andrerseits ist diese Unterscheidung nur möglich, wenn man, wie Köstlin, nicht blos bei Untauglichkeit der Mittel und des Gegenstands, sondern auch bei blosen Vorbereitungshandlungen einen strafbaren Versuch annimmt.

Wenn nun ein Gesetzbuch nach dem zweiten Systeme verfahrend nur das vollendete Verbrechen definirt, so erübrigt demnach nur auf Grund der Identität des Versuchs und Thatbestandsbegriffs *) zur Feststellung des Versuches bei jedem einzelnen Verbrechen den Thatbestand dieses, oder, was dasselbe ist, dessen wesentliche Merkmale aufzusuchen.

Damit scheint ausgesprochen zu sein, als seien überhaupt alllgemeine Bestimmungen über Versuch nicht möglich (womit denn auch dieser Aufsatz ohne Gegenstand wäre).

Diese Folgerung ist aber unrichtig.

Es kann nämlich die Aufgabe, jeweils den besondern Thatbestand eines Verbrechens festzustellen, durch Auffindung des allgemeinen Thatbestands **) erleichtert werden, womit man ganz richtig die Summe derje-

---

*) Stets vorausgesetzt, daß man unter Thatbestand nicht den Thatbestand des vollendeten Verbrechens versteht.

**) Dieser Begriff erhielt einen weiteren, nicht blos auf den Strafprozeß beschränkten Umfang erst allmählig, als man ihn von seiner unnatürlichen Verbindung mit dem s. g. corpus delicti lossprach und dem Begriffe des besondern Thatbestandes gegenüber stellte. Mittermaier, das deutsche Strafverfahren IV. Aufl., I. p. 413. Luden l. c. Einleitung.

nigen Merkmale bezeichnet, die sich bei allen Verbrechen finden müssen.

Wie das Wesen des besonderen Verbrechens den besonderen Thatbestand, so bildet das Wesentliche aller Verbrechen den allgemeinen Thatbestand.

Es ist demnach in jedem einzelnen Falle, wo eine Versuchshandlung vorliegen soll, zu prüfen, ob der allgemeine Thatbestand vorhanden ist, und erst bejahenden Falles ist darauf zu sehen, ob diejenigen wesentlichen Merkmale vorliegen, durch welche sich das Verbrechen von anderen unterscheidet, während im verneinenden Falle ohne Weiteres Straflosigkeit auszusprechen ist.

Das badische St.G.B., zu dem nunmehr übergegangen werden soll, enthält zwar keine Bestimmungen über den allgemeinen Thatbestand. Allein dasselbe enthält in den §§. 106—108 allgemeine Vorschriften über den Versuch und bei der Uebereinstimmung zwischen dem Umfange des Thatbestands und Versuchs sind die gesetzlichen Bestimmungen über letzteren Anhaltspunkte zur Construirung des Systems des bad. Gesetzbuches über den allgemeinen Thatbestand.

Darnach wird man als Merkmal des allgemeinen Thatbestandes nach badischem Strafrechte folgende zu betrachten haben:

1) vor Allem eine verbrecherische Absicht (Dolus). arg. §. 106 St.G.B. (verb. „beabsichtigten").

Die culpa in den allgemeinen Thatbestand aufzunehmen, wie Luden dieß thut (l. c. 3. Kapitel) erscheint unstatthaft, eben weil solche nicht bei allen Verbrechen vorkommen kann, in den allgemeinen Thatbestand aber nur solche Merkmale aufgenommen werden dürfen, die sich bei allen Verbrechen finden.

Umgekehrt kann dem Umstande, daß einzelne fahrlässige Handlungen für strafbar erklärt werden, nicht die Wirkung beigelegt werden, für diese Vergehen den dolus nicht zu dem allgemeinen Thatbestand zu zählen. Dieß thut zwar Feuerbach (Lehrbuch §. 82 No. 3).

Allein dieß liegt bei ihm in der Consequenz seines Systems, nach welchem dolus und culpa nicht Gegensätze bilden, vielmehr sich beide als wissentliche Gesetzesübertretungen darstellen. *) Da sich Feuerbach unter dem durch die fahrlässige Handlung übertretenen Strafgesetze dasjenige denkt, welches allgemein die Verbindlichkeit zur Sorgfalt aufstellt, so ist allerdings Ludens Bemerkung richtig,

*) Es ist also nach Feuerbach auch die culpa gewissermaaßen ein positiv böser Wille und es wurde ihm deßhalb auch schon vorgeworfen, daß er die culpa in dolus verwandelt habe. Köstlin l. c. §. 112 Anm.

daß es darnach nicht ein besonderes Vergehen fahrlässiger Tödtung und Körperverletzung gebe, sondern nur ein Vergehen des Mangels an Beflissenheit. Allein wenn Luden sich seinerseits bemüht zu zeigen, daß der culpa ein positiv böser Wille zu Grunde liege, so zeigt die übergroße Künstlichkeit seiner Begründung, daß solche sich eben nicht auf das Wesen der culpa stützt. Diesem entspricht mehr die Auffassung, daß es überhaupt nicht der Wille ist, sondern die Umstände, welche die Bestrafung fahrlässiger Handlungen begründen *) und daß die deßfallsigen Strafbestimmungen deßhalb als mehr polizeilicher Natur selbstständig neben dem Systeme des St.G.B. bestehen.

Die praktische Folge der hier vertheidigten Ansicht ist, daß es keinen Versuch culposer Delicte gibt.

Vergl. Verhandlungen 2. Kammer 1839/40. VII. Beil. Heft. Commissionsbericht von Welcker zu §. 90 a. Thilo St.G.B. p. 133: „Es gibt keinen Versuch fahrlässiger Vergehen."

Ein weiteres Merkmal des allgemeinen Thatbestandes ist:

2) eine Handlung, welche in so inniger Beziehung zu dem Verbrechen steht, daß sie den Willen des Handelnden, es zu verüben, außer Zweifel setzt. Diese Handlung muß eine äußere Erscheinung hervorbringen, die mit der Thätigkeit des Handelnden im Causalzusammenhange steht. Luden l. c. 1. Kapitel.

Hier ist das eigentliche Gebiet des Satzes, daß der Versuch einen Anfang der Ausführung fordere. §. 106 St.G.B.

Ist aber auch die Annahme dieses Erfordernisses als gemeinsame Errungenschaft der Wissenschaft und Gesetzgebung zu betrachten, so herrscht doch darüber, ob auch die Ausführbarkeit zum Thatbestande gehöre, auch jetzt noch Streit. **)

*) Das römische Recht begriff die culpa unter dem casus. Das Oestreichische St.G.B. bestraft die culposen Vergehen nur als Polizeiübertretungen. Feuerbach l. c. §. 55 Note 1. und VI. II.

**) In den neueren Strafgesetzbüchern herrscht die Ansicht von der Strafbarkeit des Versuches mit untauglichen Mitteln vor. Temme, Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen I. Bd. p. 241 ff. II. Bd. p. 16. In der Theorie werden die Fragen über Versuch mit untauglichen Mitteln und an untauglichem Objecte (s. sub. 3. III.) in eine Linie gesetzt. Feuerbach und Mittermaier nehmen in beiden Fällen keinen Versuch an. Lehrbuch §. 42 Note 3; ferner Note VIII. und IX. II. Ebenso Zachariä l. c. §. 123 und Marezoll das gemeine deutsche Criminalrecht II. Ausg. p. 114. 115.

Die Frage entsteht in Fällen, wo der Verbrecher sich bei der gesetzwidrigen Handlung nicht auf den Gebrauch seiner Körperkräfte beschränkt, sondern Mittel anwendet, an deren Untauglichkeit die Ausführung des Verbrechens scheitert.

Für das badische Recht ist die gemeinrechtliche Controverse über den Versuch mit untauglichen Mitteln durch §. 110 St.G.B. entschieden.

Nach dem §. 98 Regierungsentwurfs ward die Strafbarkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln für alle Verbrechen statuirt. Durch die Commission der 2. Kammer wurde er mit dem §. 100 Entwurfs (§. 111 St.G.B.) in Uebereinstimmung gebracht und auf die schwereren Verbrechen beschränkt. Der Antrag des Abgeordneten Sander auf Wiederherstellung des Regierungsentwurfs ward verworfen. Sander hatte bei seinem Antrage unterstellt, daß der §. 98 auch die relativ untauglichen (unzulänglichen) Mittel in sich fasse. Zur Beseitigung jeden Zweifels darüber hatte Bekk beantragt, statt der Worte „eines untauglichen Mittels“ zu setzen: „eines Mittels, das dazu unter keinerlei Umständen tauglich war.“ Dieser Antrag ward angenommen.

Ferner hatte die Commission der 2. Kammer zu dem §. 98 folgenden Zusatz beantragt, der auch die Zustimmung der Kammer erhielt: „Hat jedoch der Handelnde nur aus Unverstand oder abergläubischem Wahn zur beabsichtigten Ausführung des Verbrechens Mittel gebraucht, welche dazu unter keinerlei Umständen dienlich sein können, so bleiben die Versuchshandlungen straflos.“ Die 1. Kammer gab dem §. 98 seine jetzige Fassung und strich den §. 98a. Die Commission der 2. Kammer bemerkte, „daß die Aenderungen nur eine sachgemäßere Fassung bezwecken und keinen Anstand finden;“ ihrem Antrag entsprechend wurde der §. 98 in der ihm durch die 1. Kammer gegebenen Fassung angenommen.

Verhandlungen der 2. Kammer 1839/40 IV. Beil.-Heft p. 195.

Verhandlungen der 2. Kammer 1840 V. Beil.-Heft p. 313.

Verhandlungen der 2. Kammer 1843/44 IX. Beil.-Heft p. 163 und XI. Beil.-Heft p. 247.

Es ergibt sich hieraus, daß der Gebrauch relativ untauglicher Mittel unter die §§. 106. 107 St.G.B. fällt, der Gebrauch absolut untauglicher Mittel aber unter der Voraussetzung bei schwereren Verbrechen bedroht ist, daß die Absicht des Handelnden auf den Gebrauch eines tauglichen gerichtet war.

Vergl. Annalen, XX. No. 28 p. 218.

Es tritt mithin nicht blos dann Straflosigkeit ein, wenn der Handelnde aus abergläubischem Wahne ein durchaus unschädliches Mittel, z. B. ein unverletzendes sympathetisches anwendet, sondern auch stets dann, wenn der Handelnde in Unkenntniß der Eigenschaften eines Mittels ein unschädliches wählt, während er glaubt, daß solches eine schädliche Wirkung äußern werde.

Nach badischem Strafrechte müßte also in den von Temme l. c. I. p. 241 und II. p. 46 mitgetheilten Fällen (ein aus Schleifsteinwasser und Ziegelstücken gemischter Trank wurde als Abortivmittel und gestoßenes Glas als Gift eingegeben) Straflosigkeit eintreten, wenn man, wie dort angenommen wird, die gebrauchten Mittel als absolut untaugliche betrachtet.

Die im badischen Strafrechte befolgte Ansicht über den Versuch mit untauglichen Mitteln erweist sich als richtig, wenn man ins Auge faßt, daß es sich bei dieser Frage nur darum handelt, ob der Akt als ein Anfang der Ausführung zu betrachten ist, und dabei nicht das Gewicht auf die Möglichkeit der Beendigung des Verbrechens, sondern darauf legt, ob die Handlung in so innigem Zusammenhang mit dem Verbrechen steht, daß nicht daran zu

---

Rossi l. c. II. c. 30 nimmt gleichfalls bei der Untauglichkeit des Mittels und bei Unmöglichkeit an dem Gegenstand das Verbrechen zu vollenden, Straflosigkeit an.

Sein Grund ist, es müsse von der äußeren Handlung auf den verbrecherischen Entschluß geschlossen werden können; ein Schluß von letzterem auf den Erfolg des Verbrechens, der nicht eingetreten, sei unstatthaft. Luden ist in beiden Fällen für Strafbarkeit. Abhandlungen I. Bd. über Versuch p. 285, II. Bd. über den Thatbestand I. Cap. I. Abth. Er nimmt an, das Dasein von Verhältnissen, in Folge derer die Versuchshandlung untauglich ist, sei kein Bestandtheil der verbotenen Handlung, sondern blos die Bedingung, ohne welche die vollendete Erscheinung der verbotenen Handlung nicht eintreten kann. Köstlin l. c. §. 120 nimmt gleichfalls in beiden Fällen einen strafbaren Versuch an. In der entgegengesetzten Ansicht liege eine „Revristinirung des rohen altgermanischen Standpunkts und seiner materiellen Auffassung des Thatmoments.“ Ja, dieser Schriftsteller geht so weit, daß er auch solche, die an sich ganz untaugliche Mittel anwenden wollten und anwenden (die z. B. den Feind todt beten wollen) in so lange als Verbrecher behandelt, als sie nicht als unzurechnungsfähig zu prädiciren sind. Feuerbach macht er den Vorwurf der Inconsequenz; denn in seiner Lehre liege es, das Verbrechen nicht als Unrecht an sich, sondern als gefährliche Handlung aufzufassen; nun sei es aber der böse Wille, der gefährlich mache und dieser sei ebensogut bei der untauglichen als bei der tauglichen Versuchshandlung vorhanden.

zweifeln ist, daß der Handelnde im Begriff stand, es auszuführen.

Dagegen läßt sich nicht verkennen, daß die Bestimmung des §. 110 St.G.B. und des §. 107 (über den beendigten Versuch) nicht in vollem Einklange stehen, und Andeutungen dieses Eindruckes finden sich auch bei den Berathungen über den §. 93 a Entwurfs (§. 107 St.G.B.)

Verhandlungen der 2. Kammer 1839/40 V. Heft p. 300.

Die Worte des §. 107 „noch in seiner eigenen Handlungsweise" haben nemlich allerdings die Folge, daß wenn das Nichteintreten des Erfolges seinen Grund in dem Gebrauche eines unzulänglichen Mittels hat, statt der Strafe des beendigten Versuches die des entfernten eintritt; denn das Ausbleiben des Erfolges gründet sich auf die eigene Handlungsweise des Verbrechers, der ja ein vollkommen taugliches Mittel hätte wählen können.

Dagegen wird in dem §. 110 den **absolut**, also in höherem Grade untauglichen Mitteln ein Einfluß auf die Strafbarkeit abgesprochen, eine Bestimmung, die nur dann mit der des §. 107 St.G.B. harmoniren würde, wenn die Strafe des entfernten Versuches bei dem Gebrauche untauglicher Mittel auf den Fall beschränkt wäre (wie dieß im §. 111 der Fall ist), wenn der Thäter alles gethan hat, was von seiner Seite zur Beendigung des beabsichtigten Verbrechens nothwendig war. *)

Der Begriff des Thatbestandes fordert endlich

3) die **Objectivirung** des verbrecherischen Willens.

Marezoll l. c. §. 16 und §. 19.

Der verbrecherische Wille muß einen Gegenstand haben. Das ist der Grund aller Strafbarkeit. Diese feindselige Richtung des Willens nach einem Gegenstande, an dem das Verbrechen verübt werden soll, muß in einer äußeren Erscheinung (der Handlung des Thäters s. sub. 3. II.) hervortreten. Aber es gehört keineswegs zum Thatbestande, daß dieser Gegenstand gerade der entsprechende sei. Es ändert deßhalb in der Regel an der Strafe nichts, daß der Erfolg einer vorsätzlichen Handlung durch Zufall eine andere Person oder eine andere Sache traf, als worauf die Absicht des Handelnden gerichtet war. §. 100 St G.B. War in diesem Falle die Person oder Sache, die durch Irrthum, Verwechslung oder Zufall von der Handlung getroffen wurde, von der Art, daß das beabsichtigte Verbrechen an ihr nicht begangen werden konnte, so liegt in dem Falle, da der Thäter Alles gethan hat, was von seiner Seite zur Vollendung des beabsichtigten Verbrechens nothwendig war, eigentlich ein beendigter Versuch vor.

Kettenacker, die Verbrechen des neuen Strafgesetzbuches p. 38 Note.

Es trifft den Thäter aber nur die Strafe des nicht beendigten Versuchs. *) Auch hier, wie bezüglich des Versuches mit untauglichen Mitteln spricht für die Strafbarkeit die Erwägung, daß ein verbrecherischer Wille des Thäters vorliegt, der einen vom Strafrechte geschützten Gegenstand bedroht. Diese Richtung hat der Verbrecher in einer äußeren Erscheinung zur Anschauung gebracht.

Es liegt ein Anfang der Ausführung vor, wenn man diesen Satz seinem Sinne mehr als seinem Wortlaute nach auffaßt. Einen Einfluß des Zufalls innerhalb gewisser Schranken wird man nicht aus dem Strafrechte verbannen können.

So möge er hier den Verbrecher, der sein Opfer fehlte, gegen die Strafe des vollendeten Verbrechens und beendigten Versuches schützen.

Der Bestrafung des Verbrechensversuchs an untaugli-

---

*) Der Antrag Welckers auf Strich der Worte: „noch in seiner eigenen Handlungsweise" wurde verworfen. Verh. d. II. Kammer 1839/40 VII. Beil.-Heft 2. Kommissionsbericht p. 71 ff. 5. Heft p. 300. Nach der Fassung des hessischen St.G.B. 568 ist der Versuch beendigt, „wenn der Thäter Alles gethan hat, was von seiner Seite zur Vollendung des Verbrechens nothig war, ohne daß jedoch der zum gesetzlichen Begriff gehöeige Erfolg eingetreten ist." **Feuerbach** l. c. §. 43 Note l. II.

*) Bezüglich der Stellung dieser Frage in dem gemeinen Rechte kann hier auf die sub. 3. II gegebenen Citate verwiesen werden. Nur soll hier noch eine Bemerkung Luden's ihre Stelle finden (über den Thatbestand 1. Cap. 1. Abth.) „Die Gewohnheit, sich das Verbrechen nur als vollendet zu denken und den Thatbestand nur nach der Vollendung zu bestimmen, bewirkt leicht, daß man es vergißt, daß das, wodurch das Verbrechen zum vollendeten wird, nicht das Wesentliche des Verbrechens sein kann. So sagt man allgemein, zu dem Thatbestande der Tödtung gehöre ein lebendiger Mensch, zu dem des Diebstahls eine fremde Sache als Object des Verbrechens, weil Tödtung eines todten Menschen und Diebstahl eigener Sachen nicht möglich seien. Daraus schließen nun Viele, daß auch kein Versuch dieser Verbrechen begangen werden könne, wenn es an diesem wesentlichen Requisite des Thatbestands fehle. Allein gerade daraus, daß also auch noch ein Verbrechen angenommen wird, obgleich der Verbrecher einen lebenden Menschen nicht getödtet oder eine fremde Sache nicht an sich gebracht hatte, folgt nothwendig, daß die Tödtung eines lebenden Menschen und das Aneignen einer fremden Sache nicht wesentlich zu dem Thatbestande dieser Art von Verbrechen gehört."

chem Objecte läßt sich übrigens ein weiterer und ein engerer Umfang geben, je nachdem man fordert, daß der verbrecherische Wille wenigstens ursprünglich auf ein Objekt gerichtet war, an dem das Verbrechen möglich ist, oder aber auch von diesem Erfordernisse absieht. In letzterem Falle würde z. B. auch derjenige wegen entfernten Mordversuchs zu strafen sein, der in der Absicht, den A. zu tödten, der längst verstorben ist, dessen Tod ihm aber unbekannt ist, seine Pistole auf einen Wegweiser abdrückt, den er für den A. hält. Es wäre ein Kindsmord-Versuch, wenn die Mutter des unehelichen Kindes, dieses, um es zu ertränken, in das Wasser wirft, obgleich das Kind todt zur Welt kam. Es wäre ein strafbarer Diebstahlsversuch an eigener Sache, auch wenn die Absicht des Handelnden ursprünglich auf diese Sache gerichtet war und er sie nicht etwa durch Verwechslung mit einer fremden, die er stehlen wollte, in seinen Besitz brachte.

Der §. 100 des Regierungsentwurfs (§. 111 St.G.B.) hatte die Ueberschrift: „Irrthum in der Person oder dem Gegenstande" und lautete: „War bei Verbrechen, welche vom Gesetze im Falle der Vollendung mit Todes- oder Zuchthausstrafe bedroht sind, in den Fällen des §. 89 jene andere Person oder jene andere Sache, die aus Irrthum oder Verwechslung von der Handlung betroffen wurde, von der Art u. s. w."

Verhandlungen der II. Kammer 1839/40, IV. Beilageheft p. 195.

Erst die Commission der II. Kammer beantragte die Einschiebung der Worte: „der Gegenstand der unternommenen That oder". Bei der Verhandlung bemerkte Duttlinger: der Entwurf der Regierung habe nur von dem Falle der Verwechslung gesprochen; allein die Commission habe gefunden, daß noch ein weiterer Fall eintrete, nemlich, wenn die Handlung gegen einen Gegenstand gerichtet ist, gegen den man sie richten wollte, der Gegenstand aber von der Art war, daß das Verbrechen daran nicht begangen werden konnte. Die Kammer nahm den §. 100 mit der von der Commission beantragten Modification an unter Verwerfung des Antrags des Abgeordneten Zentner auf Strich des §. Ueber die Tragweite, welche man den eingeschobenen Worten geben wollte, finden sich keine weitere Anhaltspunkte in den Discussionen der II. Kammer.

Es wird sich nicht bezweifeln lassen, daß die Fassung des Regierungsentwurfs die glücklichere war.

Man muß der milderen Ansicht die Concession machen, daß man verlangt, der Gegenstand, gegen den der Verbrecher die Handlung richtete, müßte ein tauglicher gewesen sein. Es liegt darin keine Inconsequenz; denn ohne dieß liegt ein gegenstandloser Wille vor. Der Wille aber, dem es an einem Objecte fehlt, ist kein verbrecherischer und es kann deßhalb auch dadurch, daß man einen solchen Willen durch eine Handlung zur Erscheinung bringt, damit noch kein Verbrechensversuch begründet werden.

Auch abgesehen davon hätte schon die Uebereinstimmung, in welche man doch im Uebrigen die §§. 110 und 111 setzte, die Kammer abhalten sollen, auf den Antrag der Commission einzugehen. Der §. 110 beschränkt die Strafbarkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln auf den Fall der Verwechslung und fordert ausdrücklich, daß das Mittel, welches der Handelnde anzuwenden glaubte, an und für sich tauglich sei.

Dem möge sein, wie ihm wolle, so wird es nach der jetzigen Fassung des §. 111 St.G.B. wenigstens sehr nahe liegen, die Strafbarkeit des Versuchs an untauglichem Objecte in dem oben berührten weiteren Sinne anzunehmen, wodurch zu manchen Härten in der Rechtssprechung Veranlassung gegeben wäre.

Die hier zusammengestellten Merkmale des allgemeinen Thatbestandes nach badischem Strafrechte bilden die Grundlage der Strafbarkeit, sie sind das Minimum von Erfordernissen, um eine Handlung strafen zu können; jenseits ihrer liegt der Mangel am Thatbestand.

Diese Erfordernisse an der äußersten Grenze der Strafbarkeit festgehalten, bilden den reinen Thatbestand des Verbrechens, in dem Stadium des nicht beendigten Versuchs. In ihrem Fortschreiten gestalten sie sich durch Hinzunahme wesentlicher Momente zum beendigten Versuche, zum vollendeten Verbrechen.

Wann in dem einzelnen Falle ein Anfang der Ausführung vorliegt, welches der Gegenstand des Verbrechens sei, welche Mittel als untauglich oder unzulänglich zu betrachten sind — diese Fragen des allgemeinen Thatbestandes sind freilich stets mit Rücksicht auf die besondere Natur des einzelnen Vergehens zu beantworten.

(Anhaltspunkte für die einzelnen Verbrechen s. in dem citirten Aufsatze von Brackenhöft).

Allein eben deßhalb ist es unstatthaft mit Luden von einer Verschiedenheit des allgemeinen Thatbestands bei den Gesetzes- und Rechtsverbrechen zu reden und einen Versuch bei jenen anzunehmen, wenn der Anfang der verbotenen Handlung vorliegt, bei dieser schon, wenn die

Handlung auf die Rechtsverletzung gerichtet ist. Luden gesteht selbst zu, daß bei beiden Arten von Verbrechen die äußere Erscheinung nur die Bedeutung habe, den Beweis zu führen, daß der Grund vorliege, aus welchem sie für Verbrechen erklärt wurden.

Es wird also bei beiden Verbrechensgruppen stets darauf ankommen, ob der Handelnde eine verbrecherische Absicht hatte, und ist dieser Beweis geführt, so wird bei beiden eine Handlung, die als Anfang der Ausführung erscheint, als Versuch zu strafen sein. Dieser Beweis der verbrecherischen Absicht muß aber auch bei den Rechtsverbrechen geführt werden, und wenn Luden sagt, es sei Versuch des Diebstahls, wenn Jemand in fremde Behausungen einsteigt, obgleich das Einsteigen noch nicht diejenige Handlung sei, die unmittelbar zur Vollendung führt, so ist dieß richtig, wenn die diebische Absicht nachgewiesen ist, denn nicht jeder, der nächtlich in ein fremdes Haus einsteigt, will stehlen.

Versuchen wir es schließlich die sub. I—III. entwickelten Sätze auf den Eingangs erwähnten Fall anzuwenden, so wird sich die Ansicht, daß, so lange der Gebrauch der gefälschten Urkunde nicht versucht ist, Mangel am Thatbestand vorliege und deßhalb Straflosigkeit einzutreten habe, als die richtigere ergeben. Denn es fehlt das sub. III. zum allgemeinen Thatbestande verlangte Merkmal, daß sich der verbrecherische Wille auch objektivirt habe. Die Fälschung ist eine schwerere Art des Betrugs; das Mittel, sie zu verüben, ist die falsche Urkunde. Wer eine solche fertigt, hat sich erst in Besitz des Mittels gesetzt. Der Gegenstand des Verbrechens aber ist die betrügliche Beschädigung des Andern; diese wird ausgeführt durch den Gebrauch der Urkunde und die Ausführung begonnen durch den versuchten Gebrauch. J. Geißmar. *)

II.

Widerruf eines falschen eidlichen Zeugnisses.

§. 496 St.G.B.

Baptist Schäuble und Franziska Maier, welche in einer Untersuchungssache wegen Handgelübdebruchs zu Gunsten des Angeschuldigten ein eidlich bekräftigtes Zeugniß abgegeben hatten, waren beschuldiget, dieses Zeugniß wissentlich falsch abgelegt zu haben und wurden deßhalb in Untersuchung gezogen. Ehe jedoch in der Untersuchungssache wegen Handgelübdebruchs ein Urtheil ergangen war, haben die beiden Angeschuldigten sofort im Beginne der gegen sie eingeleiteten Untersuchung und bevor sie des Verbrechens überwiesen waren, das Zeugniß widerrufen und ein Geständniß ihrer Schuld abgelegt. Ein Lohn wurde ihnen für ihr Zeugniß nicht versprochen und nicht gegeben.

Als diese Sache beim Hofgericht des Seekreises zur Aburtheilung kam, war ein Votant der Ansicht, daß in dem Geständnisse der Angeschuldigten nicht blos der Strafminderungsgrund des §. 152 Ziff. 6 des St.G.B., sondern der Strafmilderungsgrund des §. 496 enthalten sei. Ueberall fällt nemlich, so begründete der Votant seine Ansicht, der Widerruf des falschen Zeugnisses nach §. 496 mit dem Geständnisse des Verbrechens oder mit der Selbstanklage zusammen, vorausgesetzt, daß er, wie im vorliegenden Falle, noch rechtzeitig geschehen ist. Der Widerruf ist aber auch aus freiem Antriebe geschehen, da eine Nöthigung hiezu (der Gegensatz von Freiwilligkeit) nicht vorlag, eine solche namentlich nicht in der Einleitung einer Untersuchung gegen die Angeschuldigten wegen falschen Zeugnisses oder in dem gegen sie verhängten Untersuchungsverhafte oder in der Fragestellung des Untersuchungsrichter zu finden ist. Dagegen geschieht all' dasjenige aus freiem Antriebe oder freiwillig was auf Ueberlegung oder überhaupt auf einem Entschlusse beruht. Die Einleitung der Untersuchung, der Untersuchungsverhaft und die Fragestellung war nur die äußere Veranlassung zum eigenen innern freien Antriebe, diese Umstände geben den Anstoß oder die Anregung für die Angeschuldigten zum Nachdenken oder Ueberlegen, und in Folge dieses Nachdenkens oder der Ueberlegung und nicht in Folge einer Nöthigung entstand sowohl der Entschluß zum Widerruf als auch die Ausführung dieses Entschlusses durch die Handlung des Widerrufens. Sie handelten daher freiwillig, oder, was dasselbe ist, aus eigenem, d. h. innerem, folglich freiem Antriebe.

Die Majorität trat aber dieser Ansicht nicht bei, sie war vielmehr der Meinung, daß der Widerruf eines falschen Zeugnisses jedenfalls nur dann als aus freiem Antriebe geschehen anzusehen ist, wenn der Widerruf stattgefunden hat, bevor noch bei der Obrigkeit Anzeige gemacht oder Untersuchung eingeleitet worden ist. arg. §. 395. 576 St.G.B. Von dem Hofgericht des Seekreises wurde daher auf den Widerruf oder vielmehr das Geständniß der Angeschuldigten nach §. 152 Ziff. 6 nur als Strafminderungsgrund bei der Strafausmessung Rücksicht genommen. Hgt.

*) Referendär in Sinsheim.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 34.

I.

Rechtsfall.

1) Kann dem Cessionar die Einrede eines durch den Cedenten verübten Betrugs entgegen gehalten werden?

2) Bewirkt die unbedingte Annahme einer Cession von Seiten des Schuldners eine Rechtswandlung?

Vergl. Laukhards Rechtsfälle Bd. 8 S. 418.

3) Von wann läuft die im §. 1209 und 10 der Pr.O. für die Wiederherstellungsklage gesetzte Frist von 42 Tagen?

Am 9. März 1850 erschien Raphael Rothschild von Pforzheim und Mathias Augenstein von Ispringen vor dem Oberamte Pforzheim und trug ersterer vor, daß ihm der letztere ein Darlehen von 1450 fl. nebst Zinsen von heute an schulde, worüber er denselben zu hören und ihm durch unbedingten Befehl die Heimzahlung dieser Summe in vier ihm bewilligten Terminen von Martini 1850—1853 aufzugeben bitte.

Math. Augenstein erklärte hierauf, der Vortrag des Rothschild sei richtig, er habe keinerlei Einreden dagegen vorzubringen und gegen die Erlassung eines unbedingten Befehls in der beantragten Weise nichts zu erinnern.

Nachdem hierauf der erbetene unbedingte Befehl ertheilt war, ließ Rothschild denselben am 20. März 1850 zum Pfandbuch eintragen und am 6. November 1850 cedirte er seine Forderung an Herz Schlesinger in Pforzheim, welcher die Cession am 9. desselben Monats eröffnen ließ, den ersten Termin gerichtlich einklagte und ein Liquiderkenntniß erwirkte.

Augenstein, ein alter Mann, entdeckte jedoch später, daß er von Rothschild betrogen worden sei, er trat am 3. Juni 1852 bei dem Oberamte Pforzheim mit einer Anzeige und einem Antrag auf Untersuchung dieses Betrugs gegen Rothschild auf, die auch am Ende das Resultat hatte, daß derselbe von dem großh. Hofgerichte der Fälschung, von dem großh. Oberhofgerichte aber des Betrugs im Betrage von 1450 fl. zum Nachtheil des Math. Augenstein für schuldig erklärt und zu $2\frac{1}{2}$ Jahr Arbeitshaus- und 500 fl. Geldstrafe verurtheilt wurde. Vor Verkündung dieses Urtheils hatte sich Rothschild dessen Vollzug durch die Flucht entzogen.

Unterdessen wurden auf Betreiben des Cessionärs Schlesinger die Liegenschaften des Augenstein im Executionswege versteigert, und bereits die Verweisungen gefertigt, denen zufolge einschließlich der bis dahin aufgelaufenen Zinsen 1546 fl. 9 kr. an Schlesinger bezahlt werden sollten.

Augenstein trat deßhalb gegen Rothschild und den Cessionar Schlesinger

1) mit einer Einsprache gegen den auf das Schuldbekenntniß vom 9. März 1850 ergangenen unbedingten Befehl von gleichem Datum und

2) eventuell, wenn nemlich dieser Befehl als Urtheil angesehen werden wollte, mit einer Wiederherstellungsklage auf und bat zu erkennen:

1) der unbedingte Befehl sei wieder aufzuheben,

2) eventuell der Kläger sei gegen das Erkenntniß vom 9. März 1850 wieder herzustellen, und

3) die bereits verfügte Vollstreckung sei zu sistiren.

Gegen den flüchtigen R. Rothschild erging auf öffentliche Vorladung ein Versäumungserkenntniß; der andere Beklagte Schlesinger wendete

1) gegen die Bitte um Einhalt mit der Vollstreckung ein, er habe wegen des ersten Termins am 16. Juli 1852 ein rechtskräftiges Liquiderkenntniß und hierauf

Vollstreckung erwirkt, hiergegen habe Augenstein keine Wiederherstellung nachgesucht; nach §. 1220 der Pr.O. könne aber der Wiederherstellungsklage keine aufschiebende Wirkung zukommen;

2) bezüglich der Einsprache gegen den unbedingten Befehl: es liege kein unbedingter Befehl im Sinne des §. 667 der Pr.O. vor, sondern Rothschild habe im ordentlichen Prozeß eine Klage erhoben, und Augenstein die eingeklagte Forderung zugestanden, worauf eine Zahlungsverfügung in Form eines unbedingten Befehls erfolgte, welche gleich einem Urtheile rechtskräftig wurde;

3) gegen die Wiederherstellungsklage, daß die in §. 1209 der Pr.O. gestattete 42 tägige Frist ebenfalls schon abgelaufen sei, da dem Kläger die Thatsachen, worauf das gegen Rothschild ergangene Strafurtheil sich stützte, schon Jahr und Tag bekannt gewesen sein müsse;

4) in jedem Falle sei die Wiederherstellungsklage gegenüber dem Cessionar Schlesinger durch folgende Einreden, welche zugleich den thatsächlichen Grund einer Widerklage auf Zahlung der übrigen drei Termine im Betrage von 1087 fl. 30 kr. nebst Zinsen vom 6. März 1851 bilden, elidirt:

a) dadurch, daß Kläger 8 Monate nach dem Akte vom 9. März 1850 die Richtigkeit desselben, und ohne daß ein Betrug von Seiten Schlesingers unterlief, denselben als seinen neuen Gläubiger anerkannte, worauf er erst den Werth der cedirten Forderung an Rothschild ausbezahlt habe; durch jene Anerkennung sei eine Rechtswandlung bewirkt worden, weßhalb der Betrug des Rothschild ihm, Schlesinger als neuen Gläubiger gegenüber, ohne Einfluß auf die Rechtsbeständigkeit seiner Forderung sei.

b) Durch das eigene Geständniß des Klägers, der durch Nachfragen bei dem Vater sich von dem Irrthum, in den er durch die Vorspiegelungen seines Sohnes versetzt worden, leicht hätte überzeugen können, während Schlesinger als ein unschuldiger Dritter erscheine und unter dem Betrug des Rothschild und dem selbstverschuldeten Irrthum des Klägers nicht leiden könne.

Gleichwohl erkannte der Unterrichter, es sei der unbedingte Befehl vom 9. März 1850 aufzuheben und die Widerklage abzuweisen. Auf ergriffene Appellation bestätigte das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises das unterrichterliche Urtheil aus folgenden Gründen:

Es ist unbestritten durch unterrichterliches Urtheil festgestellt, daß Raphael Rothschild in Pforzheim, von welchem der jetzige Beklagte die im Streit befangene Forderung von 1450 fl. cedirt erhielt, die unterm 9. März 1850 gerichtlich erfolgte Anerkennung derselben durch den jetzigen Kläger nur durch die betrügerische Vorspiegelung erwirkte, daß er die Forderung, welche der Kläger bis dahin an seinen Vater schuldete, von diesem cedirt erhalten habe, worauf der Kläger in der hierdurch bei ihm hervorgebrachten irrigen Meinung, daß er nun dasjenige, was er früher dem Vater, nun dem Sohn schuldig sei, gerichtlich anerkannte, daß er dem letztern ein von demselben am nemlichen Tage erhaltenes Darlehen von obigem Betrage schulde und dasselbe in den von seinem — angeblichen — neuen Gläubiger bewilligten vier Jahresterminen abzuzahlen zusagte, sowie auch in der fortgesetzten irrthümlichen Meinung, daß es sich um eine und dieselbe Forderung handle, auch die nachher an den Herz Schlesinger erfolgte Cession unweigerlich anerkannte.

So wenig nun aber nach L.R.S. 1109 ein Vertrag, zu dessen Gültigkeit nach S. 1108 vor Allem die Einwilligung desjenigen Theils gehört, der dadurch verbindlich werden soll, gesetzliche Gültigkeit hat, wenn diese zum Wesen des Vertrags erforderliche Einwilligung nur durch Betrug erschlichen worden ist, ebensowenig hat die durch einen solchen Betrug erschlichene Anerkennung einer Vertragsverbindlichkeit gesetzliche Geltung, und ist eine nothwendige Folge hievon, daß eine auf den Grund einer solchen gesetzlich ungültigen Anerkennung erfolgte gerichtliche Verfügung, wodurch der Schuldner angewiesen wird, die fälschlich anerkannte Forderung bei Executionsvermeidung zu bezahlen, keinen Anspruch auf gesetzliche Gültigkeit machen kann, und daß, selbst wenn man, ungeachtet die gesetzlichen Voraussetzungen dazu gar nicht vorlagen, annehmen wollte, daß die auf jene durch Betrug erschlichene Anerkennung erfolgte richterliche Verfügung einen unbedingten Befehl im Sinne des §. 667 der Pr.O. enthalten hätte, der Schuldner, vorausgesetzt, daß er, wie im vorliegenden Falle geschehen, nur gehörigen Beweis dafür zu erbringen vermag, auch noch in diesem und im Vollstreckungsverfahren immer noch mit der Einrede des Betrugs gehört werden müßte.

Was aber von demjenigen gilt, der sich durch Betrug ein solches Anerkenntniß einer nicht existirenden Forderung

verschafft hat, das muß auch von dem und gegen den gelten, dem durch den Betrüger die durch seinen Betrug erlangte Forderung cedirt worden ist, weil der Cessionar nur in die Rechte des Cedenten eintritt und dieser nicht mehr und bessere Rechte auf ihn übertragen kann, als er selbst hatte, woraus mit Nothwendigkeit folgt, daß der Cessionar auch alle Einreden, welche schon zur Zeit der Cession gegen den Cedenten bestanden haben, auch gegen sich gelten lassen muß, und wenn ihm auf den Grund einer solchen die cedirte Forderung entwährt wird, ihm daraus nur das Recht erwächst, den Cedenten auf Gewährleistung zu belangen. L.R.S. 1693.

Das Gesuch des Klägers um Einhalt mit der Vollstreckung, soweit diese sich auf die betrügerisch erschlichene amtliche Verfügung vom 9. März 1850 gründet, und um Aufhebung dieser Verfügung erscheint auch dem jetzigen Cessionar Schlesinger gegenüber begründet, und seine dagegen vorgeschützte Einrede, daß die Anerkennung der Cession, die Zahlung eines Jahreszinses der cedirten Forderung und das Versprechen eines höhern Zinsfußes eine ausdrückliche und stillschweigende Rechtswandlung bewirkt habe, sowie die hierauf gestützte Widerklage bezüglich der noch übrigen drei Termine vollständig unbegründet und der Beklagte daher durch den ersten Theil des amtlichen Urtheils durchaus nicht beschwert.

Die hiergegen ergriffene Oberberufung hatte keinen bessern Erfolg; das großh. Oberhofgericht bestätigte das hofgerichtliche Urtheil.

Entscheidungsgründe.

Gegen den amtlichen Beschluß vom 9. März 1850, welcher in den Verhandlungen „unbedingter Befehl" genannt wird, hat Augenstein, gegen den jener Beschluß auf Antrag des Raphael Rothschild's ergangen ist, zunächst Einsprache erhoben, und eventuell Wiederherstellung nachgesucht, zugleich aber auch um Einhalt mit der verfügten Vollstreckung gebeten.

Mit Grund bestreitet jedoch der Beklagte, Herz Schlesinger, daß hier ein unbedingter Befehl im Sinne des §. 667 der Pr.O. vorliege, weil das Erkenntniß vom 9. März 1850 nicht auf einseitigen Antrag des Raphael Rothschild ohne vorgängiges Gehör des Augenstein, sondern auf ausdrückliches Zugeständniß des Letzteren ergangen sei.

Gegen dieses Erkenntniß hätte Augenstein, als geständiger Beklagter, ebensowenig Rechtsmittel an den höheren Richter ergreifen, — Jahrbücher n. F. X. 61. 306. XI. 319 — als Einwendungen beim Unterrichter selbst vorbringen können, nachdem er auf das gegentheilige Gesuch ausdrücklich erklärt hatte, daß er keinerlei Einreden dagegen vorzubringen habe.

Die s. g. Einsprache ist sonach nicht begründet, wohl aber die fürsorglich damit verbundene Wiederherstellungsklage, welcher das oberhofgerichtliche Strafurtheil zur Grundlage dient, inhaltlich dessen Raphael Rothschild des Betrugs im Betrage von 1450 fl. zum Nachtheil des M. Augenstein für schuldig erkannt wurde.

Dieses unterm 9. März 1854 in letzter Instanz ergangene Urtheil ist im Pforzheimer Beobachter' vom 11. April 1854 öffentlich verkündet und erweißlich nicht früher zur Kenntniß des M. Augenstein gebracht worden. Wenn nun derselbe noch im April 1854 eine auf §. 1209 No. 6 gestützte Wiederherstellungsklage eingereicht hat, so kann deren Rechtzeitigkeit nicht bezweifelt werden, da nicht der Zeitpunkt, in welchem Augenstein zur Erkenntniß des an ihm begangenen Betrugs gelangte, sondern der Tag, an welchem das oberhofgerichtliche Urtheil zu seiner Kenntniß kam, den Anfangstermin der 42tägigen Nothfrist bildet.

In der Hauptsache selbst ergibt sich aus dem schon erwähnten Strafurtheil, welches auch für den Civilrichter als Rechtswahrheit gelten muß, die Gewißheit, daß der amtliche Beschluß vom 9. März 1850, welcher dem M. Augenstein die Zahlung von 1450 fl. in vier zu 5 pCt. verzinslichen Jahresterminen aufgibt, durch betrügerische Handlungen des R. Rothschild erwirkt worden ist.

Auch gesteht der jetzige Beklagte selbst ausdrücklich zu, daß der Kläger durch betrügerische Vorspiegelung des R. Rothschild in den Irrthum versetzt wurde, als werde er von seiner Schuld gegen Ephraim Rothschild im Betrage von 1450 fl. befreit, wenn er eine gleich große Darlehensforderung des Sohnes Raphael anerkenne.

Hiernach ist die Wiederherstellungsklage sowohl begründet als erwiesen.

Die dieser Klage entgegengesetzten Einreden sind sämmtlich unhaltbar:

So ist dadurch, daß Augenstein am 9. November 1850 bei Eröffnung der Cession erklärte:

> er nehme den Handelsmann Herz Schlesinger von Pforzheim als neuen Gläubiger an —

keine Rechtswandlung zu Stande gekommen, weil einestheils keine neue Uebereinkunft (nouvel engagement) zwi-

schen Gläubiger und Schuldner vorliegt, und weil anderntheils diese Erklärung gleich jener vom 9. März 1850 unter dem Einfluß derselben Täuschung abgegeben wurde, in welche die falschen Vorspiegelungen des R. Rothschild den Kläger versetzt haben.

Die Entscheidungsgründe zu dem Strafurtheile vom 9. März 1854 sagen ausdrücklich:

daß Augenstein unter dem fortwährenden Einfluß der früheren, von R. Rothschild in Anwendung gebrachten Täuschungen den an Herz Schlesinger erfolgten Rechtsübertrag — diesem gegenüber — unbedingt anerkannt habe.

Ueberdies gibt die Vernehmlassung auf die Klage zu, daß der Kläger durch den Irrthum, als werde er von seiner Schuld gegen Ephraim Rothschild befreit, bestimmt worden sei, die Cession dem Herz Schlesinger gegenüber anzuerkennen.

Vrgl. Marcadé droit civil Tom. IV. p. 580.

Daß aber unter diesen Umständen von einem selbstverschuldeten Irrthum des Klägers keine Rede sein kann, bedarf kaum der Bemerkung.

Die Anerkennung des Herz Schlesinger als neuen Gläubiger ist daher für den Kläger unnachtheilig. L.R.S. 1109. 1116. 1117.

Unter den gleichen Gesichtspunkt fällt auch die Zahlung des ersten Jahreszinses an Herz Schlesinger durch den Kläger.

Der L.R.S. 1275 a ist auf den vorliegenden Fall darum nicht anwendbar, weil ja Augenstein seinem Gläubiger R. Rothschild keinen andern Schuldner überwiesen, vielmehr R. Rothschild seine angebliche Forderung gegen Augenstein auf Schlesinger übertragen hat.

Durch diese Uebertragung konnte jedoch Schlesinger keinen Anspruch gegen Augenstein erlangen, da Rothschild selbst an Letzteren keine Forderung hatte.

Die bei Eröffnung der Cession von Augenstein abgegebene Erklärung kann auch nicht als ein Anerkenntniß im Sinne des L.R.S. 1338 gegen ihn geltend gemacht werden, weil er damals noch immer in jenem Irrthum befangen war, von welchem er am 9. März 1850 beherrscht worden ist.

Diesen Irrthum darf daher Augenstein auch dem Cessionar entgegenhalten,

Lauckhard, Rechtsfälle VIII. 418,

und zwar um so gewisser, als selbst dann, wenn der vom Beklagten angerufene, nicht von Irrthum, sondern von Zwang handelnde L.R.S. 1115 hier anwendbar wäre, da die zehnjährige Frist zur Umstoßung noch lange nicht abgelaufen sein würde.

Ist nun, der bisherigen Ausführung zufolge, die Wiederherstellungsklage rechtlich begründet und erwiesen, auch durch keine Einreden entkräftet, so fällt die Widerklage von selbst, indem sie auf den Vollzug des Erkenntnisses vom 9. März 1850 gerichtet ist, welches nach dem Antrag des Wiederherstellungsklägers aufgehoben werden muß.

Ebenso erledigt sich der Streit über den Einhalt durch die in der Hauptsache erfolgende Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils ganz von selbst.

Dr. Ladenburg.

II.

Zum Thatbestand des Betrugs.

§. 450 St.G.B.

Löwenwirth Baptist Baumann meldete in der Gant der Ignaz Baumann'schen Wittwe ein Darlehen im Betrage von 800 fl. nebst mehrjährigen Zinsen mit richterlichem Unterpfandsrechte an. Er wurde mit dieser Forderung in die III. Ordnung locirt und erhielt volle Befriedigung im Betrage von 1105 fl. 52 kr. Dagegen fielen andere Gläubiger mit dem Betrage von 908 fl. 44 kr. in Verlust.

Löwenwirth Baumann wurde angeschuldigt, dadurch Ursache dieses Verlustes geworden zu sein, daß er betrüglicherweise jene Ansprüche, die in Wahrheit nicht bestanden haben, gegen die Gantmasse erhob, auf den Grund einer von Ignaz Baumann unterzeichneten Schuldurkunde vom 1. Januar 1846 mit unwahrem Inhalte, die er jedoch nicht vorwies, da seine Ansprüche anerkannt wurden, ohne daß er Gebrauch von jener Schuldurkunde machte. Der Angeschuldigte behauptete zwar, daß er das Darlehen von 800 fl. zu der in der Schuldurkunde bezeichneten Zeit dem Ignaz Baumann in der That vorgestreckt habe. Allein es ergab sich, daß dieses nicht geschehen ist, sondern daß im Gegentheile das Darlehen blos fingirt und die Schuldurkunde von Ignaz Baumann zu dem Zwecke ausgestellt worden ist, damit, wenn er in Vermögenszerfall, der ihm damals schon drohte, gerathen würde, der Angeschuldigte, von der Urkunde anderen Gläubigern des Ignaz Baumann gegenüber Gebrauch machend, den Betrag derselben von dessen Vermögen erhalte, um einmal

daraus vor Allem sich selbst wegen dessen, was er als Bürge des Ignaz Baumann bezahlen mußte, schadlos zu halten, sodann aber um den Ueberschuß dem Ignaz Baumann oder dessen Kindern zurückzugeben. Ferner war hergestellt, daß der Angeschuldigte nach dem Tode des Ignaz Baumann in gewinnsüchtiger, rein eigennütziger Absicht mittelst Anmeldung des fingirten Darlehens und des dafür erworbenen richterlichen Unterpfandsrechts nicht nur die Gantgläubiger, wie verabredet war, betrogen hat, sondern auch den dadurch erlangten Gewinn wider die Absicht des Ausstellers der Schuldurkunde größtentheils für sich selbst behielt, indem er 1105 fl. 52 kr. aus der Gantmasse bezog, als Bürge des Ignaz Baumann an Hogg und Comp. höchstens 418 fl. 30 kr. bezahlt hat, allein den Kindern des Ignaz Baumann nur den Betrag von 50 fl. zukommen ließ, und zwar nicht deßhalb, weil er ihnen gegenüber sich dazu verbindlich erachtete, sondern um ihnen damit ein Geschenk zu machen.

Vom Hofgericht des Seekreises wurde deßhalb Baptist Baumann des Betrugs für schuldig erklärt und in eine Arbeitshausstrafe, sowie in eine Geldstrafe verurtheilt.

In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt: Es bildet diese That, soweit sie von Amtswegen zu verfolgen ist, nicht das Verbrechen der **Fälschung**, weil — abgesehen von anderen Zweifeln, die gegen die Annahme einer Fälschung erhoben werden können — der Angeschuldigte jedenfalls bei der Geltendmachung und den verschiedenen Anmeldungen der fingirten Forderung von der Schuldurkunde keinen Gebrauch machte, sondern sich lediglich auf ein Liquiderkenntniß berufen hat, das er jedoch nicht auf die nach St.G.B. §. 427 bezeichnete Weise, sondern auf dem Wege des bedingten Mandatsprozesses erlangt hat. Die That enthält vielmehr einen Betrug im Sinne des §. 450 des St.G.B.

Zur theilweisen Entschuldigung gereicht dem Angeschuldigten der Umstand, daß er an die Gantmasse jedenfalls eine andere Forderung, die er nicht angemeldet hat, zu machen berechtigt gewesen wäre, weil er nämlich für eine Schuld des Ignaz Baumann an Joseph Hogg und Comp. Bürgschaft geleistet und dieselbe zum Theil bezahlt hat, woraus ihm eine Ersatzforderung an den Hauptschuldner entstanden ist. Allein wenn nun auch die fingirte Schuldurkunde vom 1. Januar 1846 unter Anderem gerade zum Zwecke der Schadloshaltung des Angeschuldigten als Bürgen, wie es allen Anschein hat, gefertigt wurde, was den beiden Contrahenten gestattet sein mußte, und daher bis zum Betrage der vom Angeschuldigten als Bürgen entrichteten Summe von einem Betruge gegen die Gantgläubiger nicht die Rede sein kann, was auch hinsichtlich des dafür in Anspruch genommenen richterlichen Pfandrechts gilt, weil — abgesehen davon, ob die getilgte Hauptschuld mit einem Vorzugs- oder Pfandrechte versehen war, was zur Zeit nicht genugsam aufgeklärt ist, jedoch bejahendenfalls die Wirkung hätte, daß auch der zahlende Bürge in diese Vorrechte eingetreten wäre — jedenfalls zur Zeit des Eintrags des Liquiderkenntnisses von Seite des Angeschuldigten, 6. Dezember 1850, ein großer Theil der Bürgschaftsschuld getilgt war, und man überdies auch für erst künftig entstehende Verbindlichkeiten Pfandrechte erwerben kann; so betragen doch alle Zahlungen zusammen, die er in seiner Eigenschaft als Bürge geleistet hat, nach seiner eigenen Behauptung mehr nicht als die Summe von 418 fl. 30 kr. Nach Abzug dieser verbleibt immer noch ein Betrag, um welchen der Angeschuldigte die Gantgläubiger auf betrügerische Weise benachtheiligt hat, ein Betrag, der die Summe von 300 fl. nicht unbedeutend übersteigt.

Dagegen der Umstand, daß der Angeschuldigte vom Gewinne, den er durch Betrug aus der Gantmasse bezog, 50 fl. den Kindern des verstorbenen Ignaz Baumann zugewendet hat, vermindert sein Verschulden nicht, weil, solange Gantgläubiger vorhanden sind, die einen Verlust erlitten haben, diese allein als die durch das Verbrechen Beschädigten erscheinen, mithin durch eine Ersatzleistung an die Kinder des Cridars nicht die **Beschädigten** theilweise zufrieden gestellt werden konnten.

Von dem großh. Oberhofgericht wurde dieses Erkenntniß durch Urtheil vom 5. Juni d. J. bestätigt aus folgenden Gründen:

Rekurrent beschwert sich gegen das hofgerichtliche Straferkenntniß, weil — abgesehen von der Beweisfrage bezüglich der der Anschuldigung zu Grunde liegenden Thatsachen, welche dem Ermessen des Rekursrichters lediglich unterstellt wird — der Thatbestand des Verbrechens des Betrugs im Sinne des §. 450 des St.G.B. nicht vorhanden sei, zumal es an einer die Gläubiger **verleitenden** widerrechtlichen Handlung des Rekurrenten fehle, und es Sache der Gläubiger gewesen wäre, sich durch Widerspruch und Einreden gegen die sie beschädigende Handlung desselben zu schützen, welche überdies nicht als eine in gewinnsüchtiger Absicht unternommene, als eine widerrechtliche Handlung erachtet werden könne, weil Re-

kurrent dadurch nur Schadloshaltung für Ansprüche aus einer Bürgschaftsübernahme beabsichtigt und bewirkt habe, auch sei nach §. 466 des St.G.B. bei Ausstellung von Urkunden über unwahre Ansprüche Anderer nur der Gantschuldner, nicht aber auch derjenige, zu dessen Gunsten die Urkunde ausgestellt worden, als Betrüger strafbar, — und es wird deßhalb um Einstellung der gerichtlichen Verfolgung oder Freisprechung des Rekurrenten wegen Mangels des Thatbestandes eines Betrugs gebeten.

Diese Beschwerden können jedoch nicht für begründet erachtet werden.

Rekurrent ist beschuldigt, bei einer Gantverhandlung eine Darlehensforderung von 800 fl. mit Zinsen angemeldet, dafür auf den Grund eines zum Unterpfandsbuche eingetragenen Liquiderkenntnisses vorzügliche Befriedigung angesprochen, und solche auch — in Folge Anerkennung jener Ansprüche durch die Gläubiger und richterlichen Urtheils — vollständig erlangt zu haben, obwohl die angemeldete Forderung weder dem Titel, noch der Summe nach in Wirklichkeit bestanden habe, und wodurch den andern Gläubigern ein Verlust von mehr als 900 fl. zugefügt worden sei. Hierin liegt offenbar der Vorwurf einer fälschlichen Vorspiegelung unwahrer Thatsachen, einer arglistigen Entstellung der Wahrheit, unternommen in gewinnsüchtiger Absicht und zum Schaden der Gläubiger, die — sei es durch das angerufene Liquiderkenntniß oder durch die Persönlichkeit des Rekurrenten, dem sie möglicherweise eine Unwahrheit und widerrechtliche Handlung nicht zutrauten, — jedenfalls durch die Handlungsweise des Rekurrenten verleitet wurden, dessen Ansprüche für richtig anzuerkennen und unter Zurückstehen in ihrer eigenen Befriedigung zu gestatten, daß Rekurrent volle Befriedigung dafür erlange.

Allerdings wäre es den Gläubigern vielleicht möglich gewesen, durch Widerspruch und Einreden gegen die Wahrheit und Begründetheit der Anmeldung den Schaden von sich abzuwenden, aber durchaus verwerflich erscheint es, daß Rekurrent sich hierauf beruft, und daraus einen Entlastungsgrund für sich selbst ableitet; denn daß die Gläubiger jene Schutzmittel nicht angewendet haben, hat offenbar seinen Grund nur in dem festen Auftreten des Rekurrenten bei Geltendmachung seiner Ansprüche, in deren Gründung auf eine an sich glaubwürdige Urkunde, wodurch sie veranlaßt wurden, der Ehrlichkeit des Rekurrenten zu vertrauen, getäuscht durch den Schein der Wahrheit sich verleiten ließen, den Grund des Anspruches nicht näher zu erforschen. Die angebliche Absicht der Schadloshaltung für andere Ansprüche hebt jedenfalls die hier vorgekommene Täuschung nicht auf, die geltend gemachten Ansprüche beruhen immerhin auf Unwahrheit, und die anderen Forderungsansprüche könnten hier nur in Beziehung auf die Frage der durch die Täuschung herbeigeführten Beschädigung von Einfluß sein, insoweit es nemlich als hergestellt erachtet werden könnte, daß Rekurrent die gleiche oder doch theilweise Befriedigung für jene Ansprüche aus der Gantmasse gezogen haben würde, an deren Stelle er und für die vorgegebenen Ansprüche Befriedigung erlangt hat.

In dieser Beziehung hat jedoch das großh. Hofgericht bereits das möglichst Günstige für den Rekurrenten gethan, indem es den Betrag, den Rekurrent in Folge der Bürgschaftsübernahme bezahlt haben will, bei Ausmessung der Strafe außer Berechnung ließ, ohne den Nachweis der wirklichen Zahlung und der Behauptung zu verlangen, daß dieser Anspruch so beschaffen gewesen sei, daß der Rekurrent, wenn er ihn angemeldet hätte, die gleiche Befriedigung wie die vorgebliche Darlehensforderung erlangt haben würde.

Was nun endlich die Berufung auf §. 466 des St.G.B. betrifft, so hat Rekurrent dem Wortlaut seiner Ausführung nach offenbar den durch §. 2 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 aufgehobenen Paragraphen des St.Ges. nach seiner früheren Fassung im Auge, und kann dieser schon deßhalb nicht zu einer rechtlichen Ausführung benützt werden; es erscheint aber auch überdieß die daraus gezogene Schlußfolgerung, mag man solcher den früheren §. 466 oder den jetzt an seine Stelle getretenen §. 465 Ziff. 2 zu Grunde legen, unrichtig, indem die fragliche Gesetzesstelle weder nach ihrem Wortlaut das besagt, was Rekurrent darin finden will, noch nach ihrer besonderen Bestimmung dies sagen konnte, da dieselbe nur die besonderen Verhältnisse und Thätigkeit des Gantschuldners ins Auge faßt, damit aber die Straffälligkeit anderer Personen, die etwa an dem Verbrechen des Erstern sich betheiligten, nicht ausschließt, sie vielmehr der Beurtheilung nach den allgemeinen Bestimmungen über Betrug überläßt.

Hiernach sind die erhobenen Beschwerden des Rekurrenten unbegründet. Hgr.

III.

Der Kaufpreis muß in Geld bestehen.

(Marcadé: ad Art. 1592 I.)

Der Kaufpreis ist eines der drei wesentlichen Merkmale des Kaufvertrags, der nur unter der Voraussetzung zu Recht besteht, daß unter den Betheiligten Uebereinstimmung über die Sache und über den Preis dieser Sache herrsche: res, pretium, consensus. Der Preis hat außerdem drei unumgängliche Erforderniße, er muß: 1) in Geld bestehen; 2) hinreichend bestimmt oder bestimmbar und 3) ernstlich gemeint sein. Wir haben es nur mit dem ersten Erforderniße zu thun.

Der Preis muß in Geld bestehen. Wenn ich, statt Dir mein Haus um die Summe von 12000 fl. zu übergeben, es Dir gegen die mir von Deiner Seite verwilligte Uebergabe des und des Stück Landes, des und des Bildes eines großen Meisters, oder eines Diamantenkästchens übergeben würde, so läge hier kein Kauf, sondern ein Tausch vor, und die Wirkungen des Vertrags wären nicht vollständig dieselben. Selbst abgesehen von den ziemlich wichtigen Unterschieden, die aus der Unanwendbarkeit des Art. 1593 (wornach, in Ermangelung entgegengesetzter Bestimmung, der Käufer die Kosten des Vertrags zu zahlen hat, während die zwei Tauschenden eine eine gleiche Rolle spielen, mithin diese Kosten gemeinschaftlich tragen müssen), und auch des Art. 1602 (wornach dunkle Gedinge gegen den Verkäufer ausgelegt werden, während man beim Tausche jedes dunkle Geding, in Anwendung des allgemeinen Prinzips des Art. 1162, gegen denjenigen auslegen muß, welcher in diesem Gedinge stipulirt, d. h. zu Gunsten dessen es geschrieben ist), auf den Tausch entspringen, abgesehen, sagen wir, von diesen zwei ersten Unterschieden, gibt es noch einen dritten, der von der höchsten Wichtigkeit ist, es ist der, welcher sich aus dem Art. 1674 ergibt. Nach diesem Artikel kann der, welcher eine Liegenschaft um einen niedrigeren Preis als fünf Zwölftheile ihres wirklichen Werthes verkauft, den Verkauf auf den Grund dieser laesio enormis wieder aufheben lassen, während derjenige, welcher seine Liegenschaft gegen eine Sache vertauscht, die nicht den dritten oder vierten Theil des Werths derselben hat, von seinem Vertrage nicht mehr abgehen könnte. (Art. 1706.) Es kann also einen sehr großen Einfluß üben, ob ein Gut verkauft oder nur vertauscht worden ist. Man ist nun nicht einig über die Art und Weise, wie der oben aufgestellte Grundsatz, daß das Unterscheidungsmerkmal des Kaufs in einem Preise in Geld bestehe, richtig aufzufassen sei.

Mehrere Schriftsteller lehren, der Preis könne entweder in Geld im eigentlichen Sinne, oder in bestimmten Sachen bestehen, die das Aequivalent desselben sind, wie in einer bestimmten Menge Lebensmittel, die einen bekannten Marktpreis haben, in einer Unterhaltsrente die in natura zu liefern ist u. s. w.*) Dagegen behaupten Duvergier (No. 147) und Zachariä (II. § 349), es gebe einen Kauf nur unter der streng genommenen Voraussetzung eines Preises in baarem Gelde. Die Urtheile, welche man für die erste Ansicht citirt, lösen die Frage nicht bestimmt; denn wenn es auch für die vorliegende Frage spricht, daß sie sich der Worte: Verkauf, Preis, Verkäufer, Käufer bedienen, so kann man dem doch mit Duvergier ganz füglich entgegen halten, es sei dieß geschehen, weil diese Worte, als dem Gebrauch entsprechend, in den abzuurtheilenden Fällen keinen Einfluß hatten, als Fälle in denen es sich um die Frage drehte, nicht ob das Rechtsgeschäft ein Kauf oder ein Tausch war (oder ein unbenannter Vertrag), sondern nur ob dieses Rechtsgeschäft verbindlich war oder nicht, ob die Parteien gehalten waren ihren Vertrag zu erfüllen, abgesehen von der Eigenschaft, welche man diesem Vertrage beilegen mußte. Wie muß man nun die Frage entscheiden? Muß man sagen es liege ein wahrer Kauf vor, und die Wirkungen des Kaufs, namentlich die Aufhebung wegen Verkürzung über sieben Zwölftheile bei einer derartigen Abtretung einer Liegenschaft, seien statthaft oder nicht?

Die Frage findet unserer Ansicht nach ihre Lösung in einer Unterscheidung, die in der Natur der Sache selbst liegt, aber von den Schriftstellern nicht bezeichnet worden ist. Diese Unterscheidung liegt darin, ob die Sache, welche man als Kaufpreis betrachten will, geeignet ist diese Rolle zu spielen, und der dagegen abgetretenen Sache gegenüber eine Summe Geldes darzustellen. Wenn ich Dir z. B. für eine bestimmte Anzahl Hectoliter Korn, die Du mir lieferst, eine bestimmte Anzahl Hectoliter Roggen (oder Gerste, oder Wein, oder Oel), oder eine bestimmte Menge von Klaftern Holz liefere, so ist offenbar keine dieser Sachen in Bezug auf die andere ein Kaufpreis, und

*) Delvincourt (I. III.), Duranton (XVI.—119), Troplong (No. 148), Championnière et Rigaud (II.—1770).

wir haben hier nichts Anderes als einen Tausch. Man kann also die Behauptung nicht als Regel hinstellen, daß die Lebensmittel ein Aequivalent des Geldes seien und einen Preis darstellen. Wenn ich Dir aber für eine bestimmte Menge von Lebensmitteln, oder für eine Erb- oder Leibrente in diesen gleichen Lebensmitteln, mein Haus abtrete, ist dann die Behauptung nicht richtig, daß ich Dir mein Haus verkauft habe, daß die Lebensmittel oder die Rente der Preis eines Kaufes, und daß ich diese Lebensmittel gern für Geld genommen habe, weil sich deren Umwandlung in solches leicht bewerkstelligen läßt? Die bejahende Antwort scheint uns gewiß, und die entgegengesetzte Meinung Duvergier's ist in unseren Augen eine Unrichtigkeit die sich statt einmal, doppelt widerlegt. Wenn es einerseits wahr ist, wie unser gelehrter College behauptet, daß ein Kaufpreis streng genommen nur in Geld bestehen kann, dieser Preis also nicht auch in einer Rente liegt; denn eine Rente ist kein Geld, sie ist eine unkörperliche, unmaterielle Sache, ein Recht; sie ist der Anspruch auf das Fällige, das in Geld bezahlt wird; aber das Recht, die Rente ist ebensowenig Geld, wie mein Haus (woraus die Miethe auch in Geld bezahlt wird), ebensowenig könnte ich den, welchem ich eine bestimmte Summe schulde, zwingen eine entsprechende Rente als Zahlung anzunehmen, als ich ihn zwingen könnte eine Liegenschaft zu nehmen. Eine Rente ist kein Geld; und doch gibt Jedermann zu, selbst Duvergier und Zachariä, daß eine Rente — sie sei eine Erb- oder Leibrente — ganz füglich ein Kaufpreis sein kann. *) Auf der anderen Seite ist es eine allgemeine und constante Uebung, Verkauf die Abtretung einer Liegenschaft gegen eine Rente oder eine Leistung in Lebensmitteln, wie in einem Nahrungsgehalt, der in natura zu liefern ist, zu nennen; und weil die allgemeine Uebung so ist, so bedienen sich die Gerichte, wie aus den Urtheilen ersichtlich ist, immer in diesem Falle der Bezeichnung Verkauf, Verkäufer und Käufer. Liegt es nun nicht auf der Hand, daß die Redactoren des Code, hauptsächlich Männer der Praxis, und dem römischen Rigorismus fremd, wie Jedermann sprechen und mit Verkauf und Kaufpreis Alles das ausdrücken wollten, was Jedermann darunter versteht? Und warum sollte denn das Gesetz, das dem unglücklichen Eigenthümer beispringt, der von der Noth gedrungen für 1000 Thaler baar eine Liegenschaft hingibt, die deren 2000 gilt, ihm nicht ebenso zu Hülfe kommen, wenn er sie, da er vielleicht keine klingende Münze findet, für eine Quantität Lebensmittel hingibt, die den Werth dieser Summe von 1000 Thaler hat, und die er unmittelbar darnach in Thaler umwandelte?

Wir sagen also, der Kaufpreis kann entweder in einer Summe Geldes, oder in Sachen bestehen, bei denen es gebräuchlich ist, und wobei es in der Absicht der Parteien lag, sie als das Aequivalent dieser Summe zu betrachten.

Uebrigens ist es einleuchtend, daß, wenn der Kauf einmal abgeschlossen ist um einen Geldpreis (oder eine andere Sache, welche einen Preis vorstellen kann), es keinen Einfluß hat, wenn dieser Preis in der Folge durch eine andere Sache ersetzt wird, selbst durch eine Liegenschaft weil diese Liegenschaft alsdann nur an Zahlungsstatt für die schuldige Summe gegeben wird; ebenso gleichgültig würde es sein, wenn bei einem um einen bestimmten Preis geschlossenen Kauf dem Käufer die Befugniß gegeben wäre eine Liegenschaft in Zahlung zu übergeben, weil die Liegenschaft nur in facultate solutionis, und die Geldsumme das alleinige directe Object des Vertrags wäre. Wären aber Summe und Liegenschaft wahlweise angegeben, dann bestimmt sich die Natur des Vertrags nach dem der beiden Gegenstände, welcher gewählt und übergeben wird, und der Vertrag wäre somit nur ein Tausch, wenn man sich an die Liegenschaft halten würde.

Adrian Pfaff.

*) Zachariä II. §. 349; Duvergier p. 170—178.

Preisherabsetzung.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 35.

I.

Ist die Anstiftung strafbar, auch wenn sie das beabsichtigte Verbrechen nicht zur Folge hatte?

Unter dieser Ueberschrift befindet sich in No. 12 des laufenden Jahrgangs dieser Blätter ein sehr gründlicher Aufsatz, welcher die von mir Annalen XXII. S. 128 mitgetheilte Entscheidung *) zu widerlegen sucht. So sehr ich das Gewicht der vorgebrachten Gegengründe anerkenne, und obwohl es mich in der That freute, durch meine Mittheilung eine so eingehende Erörterung dieser Frage veranlaßt zu haben, konnte ich mich doch nicht von der Richtigkeit der gegnerischen Ansicht überzeugen, und will mir daher erlauben, noch Einiges hierüber vorzutragen. Was zunächst den in Frage stehenden Rechtsfall betrifft, so dürfte wohl auch der Herr Gegner anerkennen, daß eine gerichtlich strafbare That nicht vorlag, wenn ich in thatsächlicher Beziehung nachtrage, daß die Wittwe Wolber stets, und zwar glaubwürdiger Weise versichert hat, sie habe sich nie durch den Angeschuldigten Christian Wolber zu dem Entschlusse, ihre Leibesfrucht abzutreiben, bereden lassen, sondern habe nur, um seine Zudringlichkeit los zu werden, zum Scheine ihre Einwilligung in seinen verbrecherischen Plan geäußert. **) Schon Mittermaier in Note IX. zu §. 46, Feuerbach XIII. Ausgabe deutet nämlich an, daß eine zum Scheine gemachte Zusage nicht zur Strafbarkeit des Anstifters genüge, denn er bemerkt dort allerdings „der badische Entwurf Art. 108 (in unserm St.G.B. jetzt §. 122) nimmt den Anstifter als strafbar an, wenn der Andere die Begehung zusagte" und scheint damit die gegnerische Ansicht von der ausdehnenden Auslegung dieser Gesetzesstelle zu billigen, fügt aber die bedeutungsvolle Frage bei: „Genügt auch schon eine zum Scheine gemachte Zusage?" Eben dieß folgt aus der Zusammenfassung der Ergebnisse des fraglichen Aufsatzes auf S. 94. Denn wenn dort zur Strafbarkeit des Anstifters verlangt wird, daß es ihm gelungen sein muß, den Willen des Andern zur verbrecherischen That zu bestimmen, so kann nur ein wirklicher, ernster Entschluß gemeint sein, als welcher natürlich eine nur zum Scheine gemachte Zusage nicht gelten kann, da ja dabei gerade der Entschluß, die That nicht auszuführen, feststund, also der Wille des Andern nicht zur Begehung des Verbrechens bestimmt worden ist. Auch §. 119 St.G.B. läßt in Uebereinstimmung mit den Regierungsmotiven unzweifelhaft erkennen, daß Anstiftung nur vorliegt, wenn durch die von dem Anstifter angewendeten Mittel der Andere zu einem verbrecherischen Entschlusse veranlaßt worden ist; sind also die Mittel fehlgeschlagen und wurde damit nichts erreicht, als die Vorspiegelung eines in Wahrheit gar nicht vorhandenen Entschlusses, so kann, und zwar selbst bei dem pactum de delinquendo (St.G.B. §. 122) von wirklicher Anstiftung keine Rede sein. Daher wird es sich rechtfertigen, wenn ich der gegnerischen Ausführung die zwar in ihrem Geiste liegende, aber gleichwohl nicht ausgesprochene Beschränkung beifüge, daß es zur Anstiftung nicht genügt, wenn der Andere sich nur scheinbar zur Verübung des Verbrechens bestimmen ließ.

Wende ich mich zur Hauptfrage, so scheint mir dafür durch die Erörterungen in §. 1. 2 und 3 des Aufsatzes

*) In Folge eines Druckfehlers ist dieselbe in No. 12 S. 89 der dießjährigen Annalen irrig allegirt, indem es XII. statt XXII. Jahrgang heißt, während sich S. 92 das richtige Citat findet.
D. E.

**) Wenn auch für die rechtliche Beurtheilung des Falls gleichgültig, so doch sonst nicht uninteressant ist der sich aus den Akten ergebende weitere Umstand, daß der Bruch eines Heirathsversprechens die Veranlassung zur Anzeige und damit zur Untersuchung gegen Christian Wolber war.
D. E.

nichts Bestimmtes gewonnen zu sein, denn deren Ergebniß zeigt offenbar, daß sich dieselbe sowohl nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, als auch nach dem römischen und dem gemeinen Rechte verschieden beantworten läßt. Für den Herrn Gegner ließe sich noch eine von ihm nicht benützte Autorität anführen, indem Häberlin, Grundsätze des Criminalrechts nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern, Leipzig 1845 Bd. I. S. 55 sagt: „Daraus, daß nur dann, wenn das Verbrechen wirklich begangen ist, den Anstifter die im Gesetze für dasselbe angedrohte Strafe treffen soll, folgt, daß wenn die Ausführung dieses Verbrechens ohne oder wider den Willen des Anstifters unterblieben ist, diesen auch nur die Strafe des Versuchs treffen kann." Allein das Gewicht dieses Ausspruchs verschwindet, wenn man erwägt, daß Häberlin unser St.G.B., welches ihm bei seinem Werke nur als Entwurf bekannt war, nicht berücksichtigt hat. So müssen wir uns wohl lediglich auf den Boden des positiven badischen Rechts stellen, und hier ist es zunächst eine, vom Herrn Gegner nur einmal in einer Note citirte, Auslegungsquelle, welche uns die besten Hülfsmittel zum Verständniß des St.G.B. gewährt. Es sind dieß die Motive der Regierung, die Commissionsberichte und die Kammerdiskussionen. Allerdings sind mir die Bedenken, welche Mittermaier in seinem Werke „die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung." Heidelberg 1841 S. 65. 77. 81. 216 ff. gegen die Benützung dieser Auslegungsquelle geltend macht, nicht unbekannt, auch halte ich sie theilweise für begründet, allein deren hoher Werth ist auch dort nicht völlig beabredet, und man darf sich, wenn, wie hier, ein anderer zuverlässiger Führer fehlt, um so getroster an dieselbe halten, als sich durch vorsichtige Vergleichung der Aeußerungen der verschiedenen Factoren der Gesetzgebung jene Bedenken fast gänzlich beseitigen lassen.

Die Regierungsmotive zu §. 106. 107. des Entwurfs, welche wörtlich gleichlautend sind mit §. 119. 120 des St.G.B., finden sich vollständig bei Thilo in Note 1 zu §. 120, weßhalb hierauf verwiesen werden darf. Wie in den Worten des Gesetzes (§. 119), so ist auch in diesen Motiven unverkennbar angenommen, daß bereits eine strafbare That vorliege, der Eine deren Urheber sei, und der Andere als deren Ursache erscheine, weil er den Willen des Thäters dazu bestimmt hat. Ebenso äußerte sich Duttlinger in der von Thilo Note 3 zu §. 120 mitgetheilten Stelle der Discussionen, wenn er sagte: „Es soll erstens Derjenige, der ein bestimmtes Verbrechen begangen hat, als Urheber desselben betrachtet werden, zweitens aber auch Derjenige, der die Ursache eines von einem Andern verübten Vergehens dadurch geworden ist, daß er ihn zum Entschlusse, dasselbe zu begehen, bestimmt hat." Entsprechend dem vorherrschend objectiven Standpunkte des deutschen Strafrechts sind Thäter und Anstifter in Beziehung auf eine bereits in das Reich der Erscheinungen getretene Thatsache im Verhältnisse von Ursache zur Wirkung betrachtet, und mit logischer Nothwendigkeit scheint mir daraus zu folgen, daß sowenig ein intellectueller, wie ein physischer Urheber ohne eine verbrecherische Handlung gedacht werden kann. Reiht dann man hieran den §. 108 des Entwurfs, welches der nur in Nebenpunkten veränderte §. 122 des St.G.B. ist, so drängt sich der Gedanke auf, daß hier der Gesetzgeber aus nahe liegenden Gründen für gewisse Fälle selbst dann Strafe androhen wollte, wenn noch gar keine strafbare That existirt, also von physischer oder intellektueller Urheberschaft noch gar keine Rede sein kann, und eine in das eigentliche Gebiet des Strafrechts fallende Thatsache mangelt, d. h., daß der Gesetzgeber wegen der Gemeingefährlichkeit des Unternehmens eine Ausnahmebestimmung gegeben hat. Dieß bestätigen auch vollkommen die Regierungsmotive zu dieser Gesetzesstelle, und es ist darin namentlich nicht die gegnerische Auffassung, daß nur der Anfang der Strafbarkeit des Angestifteten bestimmt werden sollte, zu finden, sondern es sind Anstifter und Thäter auch hier wieder ganz gleich behandelt, indem ganz allgemein und ohne zwischen Beiden zu unterscheiden, gesagt ist, daß das pactum de delinquendo eigentlich nur eine Vorbereitungshandlung d. h. zufolge §. 108 St.G.B. (§. 95 des Entwurfs) an und für sich straflos, jedoch gleich dem Complott gemeingefährlich und deßhalb (also ausnahmsweise) zu bestrafen sei. (Man lese die Motive in Thilo Note 1 zu §. 122.)

Wichtig ist eine in Thilo's Werk nicht aufgenommene Stelle des von Welcker in der II. Kammer erstatteten Commissionsberichts (Verhandlungen der II. Kammer 1839 VII. Beil.-Heft 2. Bericht S. 80 ff.), wo derselbe die Bestimmungen des Entwurfs über Urheber und Gehülfen scharf critisirt und S. 81 sagt:

> „Gegen seine eigenen Grundsätze und Absichten scheint der Entwurf selbst in diesem Paragraphen (nemlich §. 106 des Entwurfs und §. 119 St.G.B.) der falschen ausschließlichen Causalitätstheorie zu huldigen; er bezeichnet als intellektuellen Urheber oder Anstifter nur allein den, welcher dadurch Ur-

sache des Verbrechens geworden ist, daß er den Thäter vorsätzlich zu dem Entschlusse, dasselbe zu begehen, bestimmt hat."

Es wird dann zunächst gegen §. 107 des Entwurfs (§. 120 St.G.B.) polemisirt und dazu ein Beispiel benützt, daß A. einen Meuchelmörder erkauft, worauf fortgefahren wird:

„Der Anstifter ist nicht Ursache davon geworden, wenn das Verbrechen gar nicht vor sich geht, der Paragraph paßt also auch auf den Versuch nicht. Soll denn nun aber hier der A. gar nicht, oder als bloser Gehülfe bestraft werden? Da von §. 106 an bis zu Ende des Titels das Gesetzbuch nur den Unterschied der Urheberschaft und Hülfeleistung gegenüberstellt, so sollte man es denken."

Indem hierauf der Berichterstatter seine eigenen Ansichten entwickelt, versucht er darzuthun, daß die Strafbarkeit nicht sowohl von dem Erfolge, als von der Stärke des verbrecherischen Willens abhängig gemacht werden müsse, sagt aber zum Schlusse:

„Die Majorität der Commission indeß ging nicht ein in diese Zweifel. Sie schlägt die unveränderte Aufnahme der §§. 106 und 107 vor."

Da, wie bereits bemerkt, diese beiden Paragraphen unverändert in das Gesetz übergegangen sind, so darf man schließen, daß die Gesetzgebung nicht allein die Theorie des Berichterstatters mißbilligte und den objektiven Standpunkt festgehalten, sondern auch die Folgerungen, welche der Berichterstatter hier wegen seiner Theorie als Fehler bezeichnete, als in ihrer Absicht liegend anerkannt hat, und zu diesen Folgerungen gehört auch jene, daß nach der Fassung des §. 119 St.G.B. bei unterbliebener Ausführung des Verbrechens den Anstifter keine Strafe treffen kann, sofern nicht die Ausnahme des §. 122 St.G.B. Platz greift.

Eine in dem fraglichen Aufsatze nicht erwähnte Gesetzesstelle scheint allerdings gegen meine Ansicht zu sprechen.

Das St.G.B. sagt nemlich in §. 123 Z. 3: „Der Anstifter bleibt straflos, wenn er das Verbrechen, ehe es zu einem Anfang der Ausführung kam, selbst abgewendet oder verhindert hat." Es ist hier also unterstellt, daß das Verbrechen nicht einmal versucht wurde, und dennoch verlangt das Gesetz, daß der Anstifter, um straflos bleiben zu können, es gewesen sein müsse, der die Ausführung abgewendet oder verhindert hat, woraus zu folgen scheint, daß ihn, sofern er das Letztere nicht gethan hat, auch in einem solchen Falle Strafe treffen könne.

Der Commissionsbericht von Trefurt (Verhandlungen der II. Kammer 1843/44 11. Beil.-Heft S. 248 249), welchem abgesehen von einer unwesentlichen Aenderung der Fassung jene Gesetzesstelle ihre Entstehung verdankt, bemerkt hierzu Folgendes: „Einverstanden ist dagegen Ihre Commission, daß es eine ganz unstatthafte Härte wäre, wenn man nach §. 109 a der zweiten Kammer den Anstifter, welcher in anderer Weise, als mittelst Anzeige bei der Obrigkeit, die Ausführung des Verbrechens verhindert, auch nur unter der Bedingung straflos lassen wollte, daß er vorher, sofern es ihm möglich war, den Angestifteten abgemahnt habe.

Der Rechtsgrund für die Straflosigkeit ist hier ganz derselbe, wie in dem Fall, wo es dem Anstifter gelungen ist, durch Zurücknahme der von ihm gebrauchten Bestimmungsmittel die Ausführung des Verbrechens zu verhindern, und er ist noch stärker, als in dem Falle, wo ihm dieß nicht gelang oder sonst unmöglich war, und dann der Vollendung der That nur durch Anzeige bei der Obrigkeit begegnet wurde, indem hier den Anstifter immer noch der schwere Vorwurf treffen kann, Jemanden zur wirklichen Begehung einer strafbaren Versuchshandlung verleitet zu haben; während die sonstige Abwendung des Verbrechens leicht von der Beschaffenheit sein kann, daß dem Angestifteten die Begehung von Versuchshandlungen ganz oder doch wirksamer, als durch obrigkeitliche Anzeige, abgeschnitten wird.

Eine Braut wurde durch die falsche Vorspiegelung einer Untreue ihres abwesenden Verlobten bewogen, einen Andern zu heirathen; bald nach der Verheirathung kommt der Bräutigam zurück und widerlegt jene Verläumdung durch unzweideutige Beweise; das liebende Paar ist untröstlich; der Gedanke, den Verräther ihres Lebensglücks durch Mord aus dem Wege zu schaffen, entsteht zuerst in der Seele des Weibes, sie theilt ihn dem erbitterten Geliebten mit, und dieser entschließt sich zur Ausführung bei einer in den nächsten Tagen sich ergebenden Gelegenheit, wo der junge Ehemann in früher Morgenstunde auf dem Gange zu einer Jagdpartie eine einsame Waldgegend passiren wird.

Bald nach der Verabredung stellt sich aber bei dem Weibe Reue und Entsetzen vor der im Rausche der Leidenschaft beschlossenen That ein; sie kann sich nicht entschließen noch einmal mit dem Angestifteten zusammen

zukommen und ihn von Ausführung der blutigen That abzumahnen, noch weniger aber will sie durch ein reumüthiges Bekenntniß vor dem Ehemann sich und den Geliebten moralisch zu Grund richten, und in dieser verzweifelten Lage verfällt sie auf den glücklichen Ausweg, in der verhängnißvollen Frühstunde den jungen Ehemann durch besondere Zärtlichkeit und nichts weniger als erheuchelte Besorgniß vor den Gefahren des Jagdgangs an ihre Seite zu fesseln, und verhindert so das Verbrechen, ehe es zu einem Anfang der Ausführung kommt.

Sollte sie nicht mindestens ebenso straflos sein, als wenn zu einer absoluten Verhinderung, den Geliebten in Zeiten abzumahnen, auch noch die Unmöglichkeit, den Ehemann von dem Jagdgange abzuhalten, getreten wäre, und sie den dann noch allein gebliebenen Ausweg der Anzeige bei der Obrigkeit, ergriffen hätte, durch welche der Angestiftete gerade noch in dem Momente verhindert werden konnte, als er eben über sein Schlachtopfer herfiel?

Daß übrigens jedenfalls die Strafpolitik hier Straflosigkeit fordere, bedarf gar keiner Erwähnung. Auf diesen Erwägungen beruht es, daß Ihre Commission im Abs. 3 des §. 109 die bezügliche Bestimmung des §. 109 a der ersten Kammer in der erforderlich scheinenden nähern Fassung angenommen hat."

Die Bestimmung in Ziff. 3 des §. 123 läßt nun ganz wohl die Auslegung zu, daß man sie auf die Fälle bezieht und beschränkt, in welchen ein pactum de delinduendo im Sinne von §. 122 vorliegt, womit der Grund, welchen man daraus gegen die von mir vertheidigte Absich ableiten könnte, beseitigt ist.

Das von dem Berichterstatter gewählte Beispiel scheint dem freilich zu widersprechen, da hier von einem solchen Falle nicht die Rede ist, allein zunächst darf man wohl sagen „exempla illustrant, sed non probant,“ und überdieß ist jenes Beispiel so erzählt, daß nicht eine eigentliche Anstiftung, sondern mehr eine verbrecherische Verbindung anzunehmen ist, welche immer ein pactum de delinquendo bildet, und daher ganz den gleichen Grundsätzen, wie dieses, unterliegt. Z. 2 §. 131 St.G.B.

Wollte man übrigens auch jenes Beispiel anders auslegen, so könnte es doch kein entscheidendes Gewicht haben, da sich der Commissionsbericht nicht mit unserer Streitfrage beschäftigte, sondern sich desselben zu einem andern Zwecke bediente, mithin leicht erklärlich ist, daß sich derselbe in dieser Beziehung nicht mit strenger Genauigkeit ausdrückte.

Die soeben erwähnte Natur des Complotts zeigt auch, daß die darauf bezüglichen Gesetzesstellen nicht als gegen meine Ausführung sprechend, benützt werden können.

Verschiedene §§. des St.G.B., welche einzelne Fälle der Anstiftung erwähnen, setzen auch stets eine vollendete oder versuchte Ausführung des Verbrechens voraus (§§. 252. 332), und §§. 665. 666 unterstellen, wo sie die blose Zusage eines Vergehens für strafbar erklären, ein dem §. 122 ganz gleiches Verhältniß. (Vrgl. Thilo Note 1 zu §. 666.) Der §. 664, welchen der Herr Gegner für sich anspricht, hat ganz offenbar die Natur einer ausnahmsweisen Strenge, welche sich daraus erklärt, daß schon durch Anbieten und Versprechen eines Geschenks zum Zwecke der Bestechung eines Beamten, dessen Amtswürde verletzt wird (Thilo, Note 1 zu §. 662), denn wollte man sich diese Vorschrift daraus erklären, daß der Bestechende als Anstifter erscheint, so ginge sie immer noch sogar über die strenge gegnerische Meinung hinaus, da selbst da noch eine Zusage des Beamten, welcher bestochen werden soll, zur Strafbarkeit des Bestechenden nöthig wäre, §. 664 aber dieß ausschließt und den Bestechenden mit der vollen Strafe belegt, sobald er das Geschenk angeboten oder versprochen hat, — ohne Rücksicht darauf, ob der Beamte darauf einging oder es zurückwies. Die Vorschriften über die Bestrafung der Aufreizung in §. 630 ff. enthalten eine durch traurige Erfahrungen sehr gerechtfertigte Ausnahmenbestimmung aus Gründen des öffentlichen Wohls.

Erwähnung verdient es noch, daß wie der gegnerische Aufsatz S. 92 Note ** anführt, nach französischem Rechte erst die Versuchshandlung des Thäters die Strafbarkeit des Anstifters begründet, aber der betreffende Art. 60 des Code pénal eine dem §. 119 unseres St.G.B. ganz ähnliche Fassung hat, mithin vielleicht als Quelle desselben betrachtet werden darf, und jedenfalls dessen Auslegung einen bemerkenswerthen Fingerzeig für das richtige Verständniß des §. 119 abgibt.

Bedenke ich schließlich noch, daß der, welcher zum schwersten Verbrechen entschlossen ist, und nur durch äußere Umstände von dessen Ausführung abgehalten wurde, der Regel nach straflos bleibt, wenn seine noch so hartnäckigen und lang fortgesetzten Unternehmungen, um zu seinem Ziele zu gelangen, den Kreis von Vorbereitungshandlungen nicht überschreiten (St.G.B. §§. 106. 108), und

daß die Anstiftung ohne nachfolgende Wirksamkeit des Angestifteten, die wenigstens einen Versuch enthält, keinen schwereren Character hat, als eine Vorbereitungshandlung der gedachten Art, so bin ich lebhaft überzeugt, daß die von mir vertheidigte Ansicht sich aus dem, freilich von dem blosen moralischen Gefühle streng zu unterscheidenden objektiven Standpunkte des Strafrechts vollkommen rechtfertigt. Dr. Puchelt.

II.

Entscheidungen in Wechselsachen.

(Aus dem Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. V. S. 233 und ff.)

Die im Art. 43 der W.O. bestimmten Folgen der unterlassenen rechtzeitigen Protesterhebung beim Domiciliaten gegenüber dem Acceptanten treten auch dann ein, wenn über dessen Vermögen noch vor der im Wechsel festgesetzten Verfallzeit der Konkurs eröffnet wurde.

Ueber das Vermögen des Handelsmanns H. G. war von dem Handelssenate des Landesgerichts zu Prag im Monat Mai 1853 der Concurs eröffnet worden.

Am 25. Juni 1853 — also während des Gläubigeranmeldungstermins — überreichte J. K., Fabrikant in Wien, als Giratar und Wechselinhaber durch seinen Vertreter gegen die Concursmasse des H. G., beziehungsweise deren Vertreter, eine Klage auf Liquiderkennung eines von H. G. acceptirten, bei M. B. in Wien domicilirten Primawechsels de dato den 1. Dezember 1852 per 347 fl. C. M., welcher von H. G. am Verfalltage (31. Mai 1853) nicht gezahlt worden sei, und Versetzung dieser als liquid anzuerkennenden Forderung per 347 fl. C. M., und den hievon seit dem 1. Juli 1853 laufenden 6 pCt. Verzugszinsen in die 4. Klasse der Gemeingläubiger.

Bei der über diese Klage nach Wechselrecht angeordneten Verhandlungstagfahrt machte der Concursmassevertreter geltend, daß der eingeklagte Wechsel ein Domicilwechsel sei, und daß daher der Giratar und Kläger J. K. zur Verfallzeit die Verpflichtung hatte, die Wechselsumme bei dem Domiciliaten M. B. zu erheben und im Nichtzahlungsfalle bei demselben Protest zu laviren. — J. K. habe aber diese wechselrechtliche Verpflichtung unterlassen, und es sei sonach gemäß Art. 43 der W.O. der wechselmäßige Anspruch nicht nur gegen den Aussteller und die Indossanten, sondern auch gegen den Acceptanten verloren gegangen. Es könne daher auch aus dem Wechsel keine Wechselklage mehr stattfinden, und der eingeklagten Forderung die Liquidität nicht zuerkannnt werden.

In der Replik behauptet der Kläger, daß die Liquidität der angemeldeten Wechselforderung eine gesetzliche Folge des Acceptes und der an H. G. geleisteten Valuta sei; übrigens bringe es die Natur der Concurseröffnung mit sich, daß jede Protestlavirung gegen die Concursmasse als ganz überflüssig entfalle, weil der Concurs eine Universalexecution ist, und die Concursmasse ohne vorausgegangene Liquidation eine Zahlung nicht leisten kann, sowie auch jedes Mandat des Cridars mit der Concurseröffnung erlösche.

Nach ihr gelangen alle an die Concursmasse zu stellenden Forderungen ohne Rücksicht auf deren Verfallzeit zur Liquidirung, weßhalb auch domicilirte Wechsel vor der Verfallzeit im Klagwege liquidirt werden sollen und können, wo doch von einer Protestlavirung offenbar auch gar keine Rede sein kann. Es sei aber nicht abzusehen, warum ein noch nicht fälliger domicilirter Wechsel ohne Protest zur Liquidirung geeignet sein soll, ein während des Concurses fällig gewordener aber nicht. Der Art 43 der W.O. spreche auch nur von dem wechselmäßigen Anspruche und beschränkt daher seine Wirksamkeit auf das Wechselforum und die parate Execution. Hier aber sei der Handelssenat Concursforum überhaupt, und von einer Execution könne keine Rede sein, daher werde auch die vorliegende Klage durch den Art. 43 der W.O. nicht berührt. Endlich würde, falls die eingebrachte Klage zurückgewiesen werden sollte, H. G., beziehungsweise dessen Concursmasse sich mit dem Eigenthume des Klägers bereichern, denn es wurde nicht widersprochen und der Wechsel weiset nach, daß H. G. die Valuta empfangen habe.

In der Duplik widerspricht der Concursmassevertreter, daß die Liquidität der angemeldeten Forderung eine gesetzliche Folge des unbeanstandeten Acceptes des H. G. und der an ihn erfolgten Leistung der Valuta sei.

Diese Umstände haben wohl ursprünglich einen wechselmäßigen Anspruch gegen H. G. begründet, allein derselbe sei durch ein wechselrechtliches Versäumniß (die rechtzeitige Protestlavirung beim Domiciliaten) wieder erloschen; es kann daher gegen den Acceptanten H. G. und dessen Concursmasse auch keine Wechselklage, sondern nur eine gemeinrechtliche Klage dahin stattfinden, daß sich der

Acceptant und dessen Concursmasse mit dem Schaden des Klägers nicht bereichern.

Die vorliegende Klage sei jedoch eine Wechselklage auf Geltendmachung des wechselmäßigen Anspruchs aus dem Wechselcontracte, ihre Wirkungen und Folgen müssen daher nach der W.O. beurtheilt werden und diese zeige im Art. 43 deutlich, daß der wechselmäßige Anspruch des Klägers durch die Unterlassung der Protestlavirung beim Domiciaten erloschen sei. Die eingeklagte Forderung könne daher auch nicht als liquid anerkannt werden.

Auf Grundlage dieser mündlichen Verhandlung hat der Handelssenat des Landesgerichts zu Prag als Concursgericht mit dem Urtheile vom 31. Januar 1854 zu Recht erkannt:

„Die von J. R. gegen die Concursmasse des H. G. mittelst der Klage de praes: 25. Juni 1853 angemeldete und liquidirte, aus dem von H. G. acceptirten Prima-Wechsel de dato Wien, den 1. Dezember 1852 resultirende Forderung des J. R. per 347 fl. C. M. nebst den hievon seit dem 1. Juni 1853 bis zur wirklichen Zahlung laufenden 6 pCt. Saumsalszinsen ist an der Concursmasse des H. G. liquid."

„Die Bestimmung der Concursgläubigerklasse für diese Forderung bleibt dem Classifikationsurtheile vorbehalten."

Diese Entscheidung beruht auf folgenden Gründen:

Der eingebrachten Liquidationsklage liegt der von M. S. de dato Wien, den 1. Dezember 1852 an eigene Ordre ausgestellte, auf H. G. in Prag trassirte, von demselben acceptirte, bei M. B. in Wien domicilirte, am 31. Mai 1853 zahlbar gewesene Wechsel per 347 fl. C. M., welcher mit einem durchstrichenen Giro das M. S. an die privilegirte Oestreichische Nationalbank de dato Wien, den 25. Dezember 1852, dann mit einem durchstrichenen Acquit dieser Bank de dato Wien, den 31. Mai 1853 und mit einem Giro des M. S. an den Kläger J. R. versehen war, zu Grunde. Die Aechtheit des Acceptes des H. G., über dessen Vermögen der Concurs von dem Handelssenate des Landesgerichtes am 24. Mai 1853 eröffnet worden ist, wird von dem Concursmassevertreter nicht in Abrede gestellt, wohl aber bestreitet derselbe die Liquidität dieser zum Concurs angemeldeten Wechselforderung, weil zur Verfallzeit kein Protest über diesen Domicilwechsel bei dem Domiciliaten M. B. lavirt worden sei, und durch diese Unterlassung der wechselmäßige Anspruch gegen den Acceptanten H. G., beziehungsweise nunmehr gegen dessen Concursmasse, erloschen sei (Art. 43 der W.O. vom 25. Januar 1850), daher ein solcher Anspruch auch von Seite des klagenden Giratars gegen die Concursmasse nicht geltend gemacht werden könne.

Aber die Rechtsverhältnisse der Giranten, beziehungsweise Giratare, unter einander kommen hier nicht in Betrachtung, da es sich in dem vorliegenden Falle nicht um ein derlei Rechtsverhältniß handelt. Der Kläger ist durch das rechtsförmliche Giro des M. S. in das Eigenthum des Wechsels gelangt, er richtet seinen Anspruch gegen den Acceptanten G. H. (dessen Concursmasse); es handelte sich hier um die Frage, ob ihm aus dem Wechsel der liquidirte Anspruch gegen die Masse zustehe, beziehungsweise ob das wechselrechtliche Obligo des Acceptanten dadurch, daß über diesen Domicilwechsel kein Protest erhoben worden, erloschen sei oder nicht. Diese Frage kommt verneinend zu beantworten, da sich im vorliegenden Falle eine Erlöschung des wechselmäßigen Anspruchs nach Art. 43 der W.O., dem Acceptanten gegenüber, nicht behaupten läßt. Der Inhaber eines domicilirten Wechsels, welcher die Protesterhebung bei dem Domiciliaten versäumt, wird seines wechselrechtlichen Anspruches gegen den Acceptanten verlustig, weil der Acceptant die wechselrechtliche Zahlung gerade nur bei dem Domiciliaten zugesagt hat, der Acceptant als Domiciliant gleichwie ein Trassant für das Vorhandensein des Zahlungsfonds an dem dritten Orte, wohin der Wechsel domicilirt ist, sorgen muß, ihm daher nicht zugemuthet werden kann, auch noch überdies bei sich selbst zur Zahlung bereit zu sein, den Zahlungsfond daher zweimal beizuschaffen.

Dieses Verhältniß, welches immer wieder — wie bei jedem Zahlungsproteste — nur auf die Beurkundung der nicht erfolgten Zahlung gerichtet ist, verliert seine Bedeutung, wenn — wie im vorliegenden Falle — der Acceptant vor dem Eintritte der Verfallzeit des Wechsels in Concurs verfiel, indem dann die Gewißheit, daß keine Zahlung geleistet werde, schon in vorhinein, ohne daß es erst eines bestätigenden Protestactes bedarf, vorliegt, da weder der dispositionsunfähig gewordene Cridar selbst, noch der Domiciliat, dessen Mandat durch die Concurseröffnung erloschen ist, noch auch der Concursmasseverwalter die Zahlung leisten kann und darf, und bei einem solchen Verhältnisse wohl nicht anzunehmen ist, daß die Unterlassung der hier dem Acceptanten und beziehungsweise seinem Domiciliaten gegenüber ganz überflüssigen

und bedeutungslosen Solennität der Protesterhebung die Geltendmachung der Forderung aus dem Wechsel als solchem, welcher ohnehin durch die Concurseröffnung seine privilegirte Natur zum Theil verliert, indem der Gläubiger sein Recht nicht nach den besonderen Principien des Wechselrechts ausüben kann, sondern sich den allgemeinen Grundsätzen der Concursordnung unterordnen muß, dem Acceptanten gegenüber vereiteln sollte.

Wollte man das Gegentheil behaupten, so müßte man auch die mit der Concursordnung, welche allen Gläubigern ausnahmslos die Anmeldung ihrer Forderungen vor Ablauf des Edictaltermines zur Pflicht macht, unvereinbare Ausnahme gelten lassen, die Forderungen aus domicilirten Wechseln, welche vor Ablauf des Edictaltermins nicht fällig wurden und daher binnen jener Zeit gegen den Domiciliaten, nicht protestirt werden konnten, bloß deßwegen nicht mit Rechtswirkung gegen die Concursmasse des Acceptanten angemeldet und liquidirt werden könnten, zumal durch eine richterliche Liquiderkennung solcher Forderungen, wenn diese gegen den Willen des Vertreters der geklagten Concursmasse einträte, gleichfalls keine Ausnahme von der Bestimmung des Art. 43 der W.O. constituirt werden könnte, wenn diese Bestimmung überhaupt keine Ausnahme für Concursfälle in Betreff des Acceptanten gestatten würde. Bei einer ausnahmslosen Geltung des Art. 43 der W.O. könnte die Präsentations- und Protesterhebungspflicht des Inhabers eines Wechsels, dessen Acceptant in Concurs verfallen ist, dem Acceptanten gegenüber auch dadurch nicht alterirt werden, daß er den zur Zeit des Ablaufs des Concurstermines noch nicht fälligen Wechsel vor Ablauf dieses Termines bei der Concursbehörde liquidirt, weil es sonst der Willkühr jedes einzelnen Gläubigers anheim gegeben wäre, sich von der ihm nach Art. 43 W.O. obliegenden Pflicht, dem Acceptanten vis-à-vis, durch Ueberreichung der Liquidationsklage vor dem Schlusse des Gläubigeranmeldungstermins zu befreien, wornach ein Gläubiger, welcher eine noch nicht fällige Forderung liquidirt, besser gehalten sein würde, als jener, dessen Forderung nicht blos die Richtigkeit, sondern auch die Fälligkeit für sich hat. Ist nun das wechselrechtliche Obligo des Acceptanten H. G., ungeachtet der Unterlassung der Protestlavirung aufrecht geblieben, so muß die aus diesem Accepte liquidirte Wechselforderung sammt den hieran seit 1. Juni 1853, als dem Verfalltage, bis zur Zahlung laufenden 6 pCt. Zinsen als eine liquide Forderung gegen die geklagte Concursmasse anerkannt werden, wodurch zugleich die Beurtheilung der von dem Kläger eventuell gemachten, seinen allenfälligen gemeinrechtlichen Anspruch aus dem Klagwechsel betreffenden Anführungen und des darüber angebotenen Beweises, sowie auch überhaupt die Entscheidung der Frage entfällt, ob ein solcher Anspruch hätte im Laufe dieser Verhandlung mit Rechtswirkung geltend gemacht werden können.

Die Bestimmung der Klasse, in welche die liquidirte Wechselforderung seiner Zeit zu stellen sein wird, mußte gemäß §. 13 der Concursordnung dem Classificationsurtheile vorbehalten bleiben. Gegen dieses Urtheil hat der Concursmassevertreter die Appellationsanmeldung und Beschwerde rechtzeitig überreicht und um Abweisung des Klägers gebeten.

Das k. k. Oberlandesgericht zu Prag hat über diese Appellation des Concursmassevertreters unterm 27. März 1854 das Urtheil des landesgerichtlichen Handelssenats zu Prag vom 31. Januar 1854 abgeändert und den Kläger J. K. mit seiner Liquidationsklage de praes: 25. Juni 1853 und der darin gestellten Schlußbitte, seine aus dem von H. G. acceptirten Prima-Wechsel de dato Wien den 1. Dezember 1852 resultirende Forderung per 347 fl. C. M. nebst 6 pCt. Verzugszinsen an der H. G.'schen Concursmasse als liquid anzuerkennen und ihn mit derselben in die 4. Klasse der Gemeingläubiger zu setzen — abgewiesen. Die Gerichtskosten erster Instanz wurden gegeneinander aufgehoben, der Ausspruch über die Kosten zweiter Instanz entfällt.

Das oberlandesgerichtliche Erkenntniß stützt sich auf folgende Gründe: Der Concursmassevertreter stellt die Richtigkeit des Accepts des H. G. auf dem Domicilwechsel de dato Wien den 1. Dezember 1852 per 347 fl. C. M. und die an diesen geschehene Leistung der Valuta nicht in Abrede, wendet aber ein, daß durch die Unterlassung der rechtzeitigen Protesterhebung bei dem Domicilirten der wechselmäßige Anspruch aus diesem Wechsel nicht nur gegen den Aussteller und die Indossanten, sondern auch gegen den Acceptanten H. G. nach Art. 43 und 83 der W.O. verloren gegangen und somit die Verbindlichkeit des H. G. aus diesem Wechsel erloschen sei.

Da der Kläger sein Klagrecht nach Inhalt der Klage aus einem Wechselgeschäfte herleitet und einen wechselmäßigen Anspruch stellt, so ist dieser Rechtsstreit, ungeachtet der Anspruch gegen die Concursmasse des H. G. gerichtet ist, nur nach den bestehenden Wechselgesetzen zu beurtheilen.

Der der Klage zum Grunde liegende Wechsel ist vor der Einbringung derselben verfallen und es liegt ein beim Domiciliaten rechtzeitig erhobener Protest nicht vor. Es ist somit nach Art. 43 und 83 der W.O. der wechselmäßige Anspruch auch gegen den Acceptanten H. G., sowie die Verbindlichkeit des Letzteren als Acceptanten durch Unterlassung der rechtzeitigen Protesterhebung bei dem Domiciliaten erloschen, und H. G., beziehungsweise dessen Concursmasse bleibt dem Wechselinhaber nur insoweit verpflichtet, als er sich mit dessen Schaden bereichern würde, eine Verpflichtung, welche gegen die Concursmasse des H. G. überdies nur einen gemeinrechtlichen Anspruch begründen könnte.

Der Umstand, daß über das Vermögen des Acceptanten der Concurs eröffnet wurde, kann den Ausspruch des Art. 43 der W.O. nicht ändern, weil dieses Gesetz für den Fall des Concurses keine Ausnahme macht, daher die Folgen der unterlassenen rechtzeitigen Protesterhebung auch innerhalb des Concurses eintreten.

Da sonach dem Kläger ein Klagrecht aus dem Wechsel gegen die Concursmasse nicht zusteht, so mußte das erstrichterliche Urtheil abgeändert und der Kläger abgewiesen werden.

Die Aufhebung der Kosten I. Instanz rechtfertigt das Hofdecret vom 9. Mai 1785, die Uebergehung der Kosten II. Instanz ist eine Folge der sumarisch gepflogenen Verhandlung.

Gegen dieses Reformaterkenntniß des k. k. Oberlandesgerichts hat der Kläger die Revisionsanmeldung und Beschwerde unterm 15. April 1854 rechtzeitig überreicht. Es hat jedoch der k. k. oberste Gerichts- und Cassationshof mit dem Erkenntnisse vom 16. Mai 1854 über das Revisionsbegehren des Klägers das Urtheil des k. k. Oberlandesgerichtes in Prag zu bestätigen befunden.

Bemerkung zu vorstehendem Rechtsfall:

Bei Liquidationen in Ganten handelt es sich wohl weniger darum, ob eine Wechselklage als solche zulässig, als vielmehr darum, ob ein liquidirter Anspruch begründet ist? Wenn nun, wie aus den Anführungen der Parteien hervorzugehen scheint, der Cridar den Wechselbetrag dem Liquidanten für von diesem erhaltene Waaren schuldig geworden war, so würde sich die Masse bereichern, wenn sie den Wechselbetrag wegen eines formellen Fehlers nicht bezahlt. Gerade für solche Fälle giebt §. 83 der allgemeinen W.O. dem Wechselinhaber ein Klagrecht gegen Aussteller und Acceptanten. Die Abweisung des Liquidanten scheint mir daher nicht gerechtfertigt.

Dr. Ladenburg.

III.

Amtserschleichung.

In der S. 101 der diesjährigen Annalen mitgetheilten Entscheidung ist auch der Satz aufgestellt, daß die Stelle eines Mitglieds des großen Bürgerausschusses nicht Gegenstand des Verbrechens der Amtserschleichung (§. 709 St.G.B.) sein könne, weil derselbe nur eine Wahlkörperschaft bilde. Dies scheint mir nicht richtig zu sein, denn der große Bürgerausschuß nimmt nicht allein die Wahlen des Bürgermeisters, der Gemeinderäthe und des kleinen Ausschusses vor, sondern vertritt auch sonst die Gemeindeversammlung mit alleiniger Ausnahme der öffentlichen Verkündigungen und der von den Staatsbehörden befohlenen Einvernahme der Gemeinde. (§. 23 des Ges. vom 25. April 1851, über einige Abänderungen der Gemeindeordnung, Reggsbl. No. 32.) Demnach hat der große Ausschuß zufolge §. 12. Ziff. 2. 4. 5. 6 des allegirten Gesetzes außer den Wahlen noch so wichtige Functionen (so z. B. das Recht der Genehmigung aller wichtigeren Vergleiche und der Entschließung wegen der wichtigeren Prozesse über das Gemeindevermögen, §. 122. 125 der Gemeindeordnung), daß er keineswegs nur eine Wahlcorporation genannt werden darf, mithin ein Mitglied desselben allerdings ein öffentliches Amt bekleidet (vrgl. §. 657 St.G.B.), und so auch in Bezug darauf das Verbrechen der Amtserschleichung verübt werden kann.

Dr. Puchelt.

Anzeige.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 36.

I.

Entscheidungen in Wechselsachen.

(Aus dem Archiv für deutsches Wechselrecht 5. Band S. 222 und ff.)

I.

Wechsel, welche von dem Verkäufer über den Kaufpreis an eigene Ordre gezogen, von dem bezogenen Käufer acceptirt und durch Indossament noch nicht in Umlauf gesetzt sind, vertreten, wenn nicht ein Anderes verabredet worden ist, oder besondere Umstände hinzutreten, an sich weder die Zahlung des Kaufpreises, noch auch begründen sie eine Novation der unterliegenden Verbindlichkeit aus dem Kaufgeschäfte.

Der Kaufmann D. in Berlin hatte bei dem später in Concurs gerathenen Aktienverein der Wilhelmshütte zu E. außer andern Eisenwaaren auch eine Quantität im Preise von 727 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. bestellt und gekauft und bei Uebersendung der Fakturen, außer zwei Anderen, bereits an Dritte begebenen Wechseln über 189 Thlr. 9 Sgr. und 239 Thlr. 3 Sgr. einen von dem Aktienverein unterm 22. Juli 1852 gezogenen, nach vier Monaten an eigene Ordre zahlbaren, hiernächst nicht weiter begebenen im Besitze der Concursmasse des Aktienvereins befindlichen Wechsels über 907 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. acceptirt.

Als die gekauften Eisenwaaren im September 1852 in Berlin anlangten, war bereits durch die Verfügung vom 3. August desselben Jahrs der Concurs über das Vermögen des Kaufmanns D. eröffnet worden.

Der Curator der Concursmasse des genannten Aktienvereins verlangte die Verurtheilung der Kaufmann D.'schen Concursmasse zur Einwilligung in die Rückgabe der bezeichneten Eisenwaaren gegen Abschreibung eines Betrags von 727 Thlr. 22 Sgr 6 Pf. auf dem vorgedachten, durch den Cridar D. acceptirten Wechsel über 907 Thl. 22 Sgr. 6 Pf. und Berichtigung der erwachsenen Fracht, Speesen und Lagerkosten. —

Der Curator der D.'schen Concursmasse wendete ein, daß in Folge der von dem Cridar ertheilten Wechselaccepte das Eigenthum der reclamirten Eisenwaaren unwiderruflich auf die verklagte D.'sche Concursmasse übergegangen sei. Er beantragte deßhalb die Abweisung des Klägers.

Der erste Richter erkannte nach diesem Antrage, während der zweite Richter die verklagte Masse nach dem Klagantrage verurtheilte. Das Obertribunal zu Berlin hat auf die eingelegte Revision das Appellationsurtheil vom 29. Juni 1854 bestätigt und ausgeführt:

Nach §. 306 Th. I. Tit. 50 der allgemeinen Gerichtsordnung sollen Waaren, welche der Gemeinschuldner vor eröffnetem Concurse auf Credit bestellt hat, und welche erst nach eröffnetem Concurse angekommen sind, nicht für Eigenthum des Gemeinschuldners oder der Masse angesehen werden, wenn auch das Konnossement schon vorher eingegangen wäre, dieselben bleiben vielmehr zur Disposition des Absenders, welcher deßhalb auch keine weitern Ansprüche, selbst nicht wegen Schaden und Kosten, an die Masse machen kann. *)

Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen hier an sich vor: es steht fest, daß der Cridar D. die reclamirten Eisenwaaren vor ausgebrochenem Concurse bestellt hat, und daß sie erst nach eröffnetem Concurse in Berlin angekommen sind. Es ist von dem Curator der verklagten Masse selbst nicht behauptet, daß gegen baare Zahlung gehandelt und gekauft worden seie, und ebenso ist es un-

*) Vergl. die ähnliche Bestimmung in Art. 240 und ff. unseres Handelsgesetzbuchs.

streitig, daß die über die Waarenschuld von dem Aktienverein ausgestellten Wechsel auf vier Monate gezogen, und so auch von dem Cridar D. acceptirt worden sind, wie denn auch von dem Curator der verklagten Masse nicht in Abrede gestellt ist, daß in dem geschäftlichen Verkehr des D. zu dem Aktienverein ein drei- bis viermonatlicher Credit gewöhnlich gewesen sei. Es fragt sich jedoch, ob die an sich begründete Reclamatiosbefugniß dadurch ausgeschlossen wird, daß von dem Aktienverein über den Betrag der Waarenschuld ein Wechsel an eigene Ordre auf D. gezogen, von dem letzteren acceptirt, und dieser so acceptirte Wechsel von dem Aktienvereine angenommen und bis jetzt behalten ist, ohne von der Befugniß Gebrauch zu machen, denselben durch Indossament in Umlauf zu setzen. Diese Frage ist für die Entscheidung der Sache von wesentlicher Erheblichkeit.

Denn es leuchtet ein, daß, wenn die Forderung aus dem Kaufgeschäfte, des Wechsels ungeachtet, unveränderlich fortbesteht, und der Wechsel nur als ein accessorisches Sicherungs- und Bestärkungsmittel der civilen Verbindlichkeit aufgefaßt wird, die verkauften Waaren, vor wie nach, als auf Credit gegeben, anzusehen sind und nach dem §. 306 a. a. O. zurückgefordert werden können, während das Rückforderungsrecht wegfallen muß, und nur eine Liquidation der Wechselforderung als solcher zum Concurse eintreten kann, wenn die Forderung aus dem Kaufvertrage durch das Geben und Nehmen des Wechsels für getilgt oder novirt erachtet wird. Wäre der Wechsel schlechthin dem Papiergelde gleichzustellen, so würde sich eine allgemeine, überall zu treffende Antwort auf die Frage, ob das Wechselgeben oder Wechselnehmen Zahlung ist, von selbst ergeben. Eine solche Auffassung des Wechsels ist indeß nirgends sanktionirt und in der W.O. entschieden nicht vorwaltend. Um zu einer entsprechenden Beantwortung der aufgeworfenen Frage zu gelangen, ist zunächst in Betracht zu ziehen, ob ein Abkommen dahin, daß der Wechselzug und das Accept die Wirkung der Zahlung oder der Noavtion, überhaupt die Wirkung der Tilgung der dem Wechsel unterliegenden Verbindlichkeit haben soll, erkennbar gemacht ist. Sodann wird, wenn dies nicht der Fall ist, je nach den verschiedenen Arten der Wechsel darauf zu sehen sein, bis zu welchem Stadium des Umlaufs das Wechselpapier gelangt, und welche sonstigen Umstände bei dem Geben und Nehmen des Wechsels vorgewaltet haben. Von dieser Grundlage ist in der bisherigen Rechtsprechung unverändert ausgegangen worden.

Weder die vorgelegte Correspondenz noch die Behauptungen der Parteien haben im vorliegenden Falle ein besonderes, auf die Tilgung der Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrage durch das Wechselaccept des D. gerichtetes Abkommen erkennbar gemacht. Ebensowenig sind besondere Umstände, wie etwa Ertheilung einer Quittung über die Waarenschuld, als solche, seitens des Verkäufers behauptet.

Es ist daher der Wechsel vom 22. Juli 1852 über 907 Thl. 22 Sgr. 6 Pf., wie er jetzt liegt, allein in Betracht zu ziehen, und dabei als wesentlich festzuhalten, daß er von dem Verkäufer an eigene Ordre gezogen, von dem Käufer acceptirt, von dem Verkäufer jedoch noch nicht weiter begeben ist.

Wird dies in das Auge gefaßt, so ist soviel richtig, daß die klagende Masse bei noch nicht erfolgter Begebung und Versilberung des Wechsels eine Zahlung auf die unterliegende Waarenschuld noch nicht erhalten hat. Es ist aber auch durch den Wechsel in dem Stadium, in welchem er sich noch jetzt befindet, eine Novation des unterliegenden civilrechtlichen Verhältnisses noch nicht bewirkt. Richtig ist es zwar, daß der Bezogene nach Art. 23 der W.O. auch dem Aussteller aus dem Accepte wechselmäßig haftet; dieß schließt aber an sich den Fortbestand der civilrechtlichen Obligation neben der wechselmäßigen Verhaftung noch nicht aus. Entschieden gegen den Vorgang einer Novation spricht der Art. 82 der W.O., nach welchem sich der Wechselschuldner unter Anderm auch solcher Einreden bedienen kann, welche ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Ist darnach der verklagte Käufer, seines Wechselacceptes ungeachtet, befugt, dem aus dem Accepte klagenden Verkäufer gegenüber auf das dem Wechselzuge unterliegende Kaufgeschäft zurückzugehen, und sich gegen den Wechselanspruch mit den aus dem Kaufgeschäfte entnommenen Einreden zu schützen, so kann zwischen diesen beiden Personen eine, die civilrechtliche Obligation aus dem Kaufgeschäfte aufhebende und tilgende Novation durch den Wechselzug nicht vorgegangen sein; es muß vielmehr die Fortdauer der ursprünglichen Verbindlichkeit außer dem Accepte angenommen werden, woraus sich dann weiter ergibt, daß in einem solchen Falle der noch nicht weiter begebene Wechsel für das unmittelbare Verhältniß des Verkäufers und Käufers die Bedeutung erhält, welche der Appellationsrichter ihm beigelegt hat.

Mit Unrecht hat sich der Curator der verklagten Masse

auf eine in dem Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Obertribunals Bd. 4 S. 67 veröffentlichte Entscheidung vom 28. Oktober 1851 berufen. *) In dem dieser Entscheidung unterliegenden Falle hat der Verkäufer dem Käufer Quittung ertheilt, und durch diese anerkannt, daß der Käufer durch die Ausstellung des Wechsels den Kaufvertrag vollständig erfüllt habe.

Wesentlich mit Rücksicht auf diese Voraussetzung wurde angenommen, daß durch die Ausstellung und Annahme des Wechsels die ursprüngliche Kaufgeldsforderung aufgehoben worden sei, und eine Novation stattgefunden habe. In dem vorliegenden Falle aber liegt diese Voraussetzung nicht vor; es ist von keinem Theile behauptet, daß dem D. bei Ertheilung des Accepts Quittung über das Kaufgeld für die gelieferten Eisenwaaren ausgestellt worden sei, und sind auch sonstige Umstände nicht erfindlich, aus welchen eine Entlassung desselben aus der aus dem Kaufgeschäft originirenden Verbindlichkeit entnommen werden könnte. —

Wie sich das rechtliche Verhältniß alsdann stellt, wenn sich in einem derartigen Wechsel nicht der Verkäufer, sondern eine dritte Person als Remittent darstellt, oder wenn der Aussteller den an eigene Ordre gezogenen Wechsel weiter begeben hat, steht hier wegen Verschiedenheit der Sachlage nicht zur Erörterung. —

Der Einwand des Curators der verklagten D.'schen Concursmasse ist hiernach unbegründet, und die Reclamation der näher specificirten Eisenwaaren seitens des Curators der klagenden Masse an sich gerechtfertigt."

II.

Bemerkungen zu vorstehender Entscheidung.

In den Annalen von 1854 S. 305—312 wurde ausgeführt, daß durch das Geben und Nehmen eines Wechsels für eine bestehende Schuld — eine Novation bewirkt werde; eine Ansicht, welche von den höchsten Gerichtshöfen in Oestreich, Preußen, Sachsen und Baden getheilt werde. In dem oben mitgetheilten Fall wird jedoch diese Ansicht dahin beschränkt, daß eine Novation nicht eintrete, wenn und solange der Gläubiger den Wechsel nicht begeben habe.

Diese Beschränkung scheint mir nicht gerechtfertigt: auch hat das Hofgericht in Darmstadt anders entschieden, wie man sich aus einem von Dr. Hoffmann in dem Archiv für praktische Rechtswissenschaft mitgetheilten Fall überzeugen kann. Die Beschränkung, welche das k. Obertribunal in Berlin macht, bezieht sich auf eine Thatsache die für den Schuldner res intur alios ist; ob der Gläubiger den Wechsel begeben hat oder nicht, ist für den Schuldner gleichgültig.

Ist eine Novation durch die Acceptirung des von dem Gläubiger gezogenen Wechsels nicht eingetreten, so kann doch wohl die Begebung des acceptirten Wechsels, bei welcher der Schuldner gar nicht mitwirkt, eine Novation nicht bewirken! Die Begebung des Wechsels kann auf die Novation keinen rechtlichen Einfluß üben. Gleichwohl scheint mir die Entscheidung an und für sich gerechtfertigt. Aus der Erzählung des Faktum geht nemlich hervor, daß die Acceptirung des Wechsels in Folge der ursprünglichen Bedingungen des Kaufvertrags geschah, d. h. daß bei dem Kauf selbst die Verabredung unter den Parthien getroffen wurde, der Käufer habe für den Kaufpreis Wechsel zu acceptiren.

Ist dies richtig, so kann von einer Novation nicht die Rede sein. Denn dieses Rechtsgeschäft setzt zwei Verträge voraus, einen novirten und einen novirenden Vertrag. Hat aber der Käufer in dem Kaufvertrag versprochen, Wechsel für den Kaufpreis zu acceptiren, und zahlt er hinterher diese Wechsel nicht, so hat er den Kaufvertrag nicht erfüllt, und der Verkäufer kann daher die verkauften Waaren zurückfordern, muß aber selbstverständlich die erhaltenen Wechsel zurückgeben. Hat er diese weiter begeben, so befindet er sich freilich thatsächlich in der Unmöglichkeit, die Wechsel zurückzugeben; aber dieses Hinderniß wird in den meisten Fällen dadurch beseitigt, daß der Wechselinhaber wegen Nichtzahlung des Wechsels den Rückgriff auf seinen Indossanten, dieser auf den seinigen u. s. w. nehmen wird, so daß der Wechsel wieder in die Hand des Ausstellers zurückkehrt.

Dr. Ladenburg.

II.

1) Auslegung einer Schuldurkunde.

2) Darf gegen den Vorsichtserben eine Forderung bis zum Belange der Erbschaft eingeklagt werden, oder muß sich der Gläubiger darauf be-

*) Diese Entscheidung ist mitgetheilt in den Annalen von 1854 S. 279 Spalte 2.

schränken, Rechnungsstellung zu verlangen? L.R.S. 803.

3) Genügt, um eine solche Klage abzuwenden, die Behauptung des Erben, daß kein Erbvermögen mehr vorhanden sei? L.R.S. 802 Z. 1.

4) Der Gantmann darf nach beendigter Gant unbedingt belangt werden. (Oberhofgerichtliche Auslegung von §. 903 P.O. im Sinne von Annalen XXII. S. 184).

5) Nur in Handelsganten, nicht auch in anderen Ganten sind Separatvergleiche nichtig.

In Sachen Querra gegen Seeger, Darleihensforderung von 1800 fl. nebst Zinsen betreffend, erging das Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts mit den nachstehenden Entscheidungsgründen am 15. Juni v. J., und dasselbe wurde am 4. März l. J. unter Adoption der hofgerichtlichen Gründe von dem obersten Gerichtshof bestätigt.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Durch die anerkannte Urkunde vom 25. November 1841 ist nicht nur die eingeklagte Darleihensforderung, sondern auch die vom Kläger behauptete Sammtverbindlichkeit der beiden Darleihensempfänger, nemlich des Beklagten Alexander Seeger und seiner seither verstorbenen Ehefrau, der Rechtsvorfahrerin der Mitbeklagten Albertine Seeger erwiesen.

Wenn Beide in der Urkunde bekannten, das Darleihen von 1800 fl. vom Kläger empfangen zu haben, und sodann Alexander Seeger mit dem Schlußsatze erklärte, daß er seine Ehefrau ermächtige, die Sammtverbindlichkeit zu übernehmen, darauf aber beide Schuldner ihre Unterschrift beisetzten, so ist dadurch unzweideutig deren Absicht, sich als Sammtschuldner zu verpflichten, ausgedrückt, was umsomehr die Auslegung im Sinne des Klägers rechtfertigt, als sonst der erwähnte Beisatz wegen der ehemännlichen Ermächtigung ganz wirkungslos wäre. L.R.S. 1156. 1157.

Schon in der Klage ist gesagt, daß die Mitbeklagte Albertine Seeger nur als Vorsichtserbin ihrer verstorbenen Mutter bis zum Betrage der mütterlichen Erbschaft belangt werde. Eine solche Klage gegen den Vorsichtserben ist zulässig, denn nur während der, hier längst abgelaufenen, Frist zum Erbverzeichniß und zur Erbentschließung kann gegen den Erben als solchen kein Urtheil ergehen, (L.R.S. 797 Pr.O. §.765. Thibaut, Pandekten VIII. Ausgabe §. 876 No. 1) nachher aber können die Gläubiger der Erbschaft von dem Vorsichtserben Rechnungsstellung und Befriedigung aus dem Erbvermögen verlangen (L.R.S. 803), was jedoch voraussetzt, daß ihre Forderung richtig gestellt ist. Wird daher, wie im vorliegenden Fall, die Forderung selbst bestritten, so hat der Gläubiger auch das Recht, zu erwirken, daß ihm solche vom Richter zuerkannt werde. (Pr.O. §. 278.) Dem Begehren der Rechnungsstellung gleichbedeutend, eigentlich sogar geringer, als dieses, ist das erwähnte Gesuch des Klägers, da dessen Verwirklichung von dem Nachweis abhängt, daß und welches mütterliche Erbvermögen im Besitze der Beklagten Albertine Seeger ist.

Gegen diesen Anspruch kann sich Albertine Seeger auch nicht durch die Behauptung schützen, daß sie kein solches Erbvermögen mehr besitze, denn nur die Abtretung des ganzen Erbes mit Rechnungsstellung über dessen Verwaltung befreien den Vorsichtserben von seinen Obliegenheiten gegen die Erbschaftsgläubiger. L.R.S. 802. 803. Insofern jedoch muß die beschränkte Verpflichtung dieser Beklagten berücksichtigt werden, daß dieselbe, was der Unterrichter unterließ, im Urtheile selbst ausdrücklich hervorgehoben wird.

Des Beklagten Alexander Seeger Berufung auf Pr.O. §. 903 gewährt ihm keinen Schutz, da diese Gesetzesstelle nach dem bestimmt erklärten und durch die Weglassung des zweiten Absatzes von §. 935 der alten Pr.O. bethätigten Willen des Gesetzgebers nur noch einen Vorbehalt zu Gunsten der nicht befriedigten Gläubiger, keineswegs aber mehr eine Bevorzugung des früheren Gantmanns enthält. Wollte man selbst von dieser gewiß richtigen Auslegung absehen, so stünde dem Alexander Seeger immer noch entgegen, daß seine beiden Ganten nicht durch eine Vertheilung des Massevermögens beendigt wurden, was §. 903 Pr.O. auch nach der mildesten Ansicht voraussetzt. Ebenso kann keine Rede davon sein, daß Alexander Seeger noch in Gant sei und nicht außerhalb derselben belangt werden dürfe, denn die Verfügungen des Gantrichters vom 8. Oktober und 25. November 1847 enthalten nicht blos eine Sistirung, sondern eine Aufhebung des Gantverfahrens, indem dadurch die Gant für beendigt erklärt wurde.

Alles, was die Beklagten über die wirkliche Natur der eingeklagten Forderung über deren Entstehung und die derselben vorhergegangene richterliche Liquiderklärung vortrugen,

besteht seinem Wesen nach in der Behauptung, daß ein von dem Kläger und Alexander Seeger während des letzteren erster Gant insgeheim abgeschlossener Separatvergleich vorliege, dessen Zweck gewesen sei, den Kläger zu bewegen, daß er dem damals abgeschlossenen Nachlaßvergleiche beitrete und durch sein Beispiel die übrigen Gläubiger zu der gleichen Willfährigkeit bestimme. Ein Verbot der Separatvergleiche besteht aber nur für die Handelsganten und ist eine durch Rücksichten für den Handelscredit und durch den Umstand hervorgerufene Ausnahmebestimmung, daß in solchen Ganten die Mehrheit auch die nicht einwilligenden Gläubiger zu dem Nachlaßvergleiche nöthigt. (H.R.S. 219. 223 ff. Pr.O. §. 784.) Gerade die Erlassung einer besondern Bestimmung in den Handelsgesetzen zeigt, daß dieß Verbot nicht gemeinen Rechtens ist; und da nun auch eine Ausdehnung desselben auf die Ganten von Nicht-Handelsleuten wegen seines Grundes und wegen der Natur zufolge L.R.S. 1b nicht angeht, so sind die Separatvergleiche in gewöhnlichen Ganten an und für sich gültig, und unterliegen mithin auch nicht den Vorschriften der L.R.S. 1131. 1133, sofern nicht dabei andere betrügliche Manipulationen unterlaufen sind, sei es, um den Contrahenten auf Kosten des Massevermögens zu begünstigen, oder um die andern Gläubiger über den Stand der Dinge zu täuschen u. dgl. m. Ist demnach die eingeklagte Darleihensforderung als Separatvergleich nicht ungültig, so verlieren im Hinblicke auf L.R.S. 2052. 2053 die übrigen Behauptungen der Beklagten alles Gewicht.

Daß Alexander Seeger als Gantmann rechtsfähig war, Verträge abzuschließen, soweit er nicht damit das Massevermögen affizirte, ist klar, da Pr.O. §. 788 ihm nur die Verwaltung dieses Vermögens entzog. Was endlich die Einrede der Zinsenverjährung betrifft, so steht diese auch dem Alexander Seeger zur Seite, weil seit Beendigung seiner letzten Gant (25. November 1847) bis zur Ladungszustellung die Verjährung schon wieder vollendet war. Zachariä franz. Civilrecht Bd. I. S. 481 vor und in Note 20.

Aus diesen Gründen 2c. **P.**

III.

Rückgriffsklage.

1) **Das Pfandgericht haftet für den aus der Unrichtigkeit seiner Zeugnisse entstandenen Schaden.**

2) **Solche Unrichtigkeiten sind es namentlich, wenn der Gemeinderath die Pfandstücke überschätzt oder nicht mehr vorhandene Güter als Eigenthum des Schuldners gewährt.**

3) **Die zwischen der frühern Taxation des Pfandgerichts und einer spätern Schätzung von Sachverständigen sich ergebende Differenz gilt jedoch für sich allein noch nicht als Beweis einer Unrichtigkeit, welche zum Schadensersatz verpflichtet.**

4) **Der Gemeinderath kann übrigens die Unrichtigkeit seiner Zeugnisse nicht mit der Mangelhaftigkeit des Registers zu den Grund- und Pfandbüchern entschuldigen.**

Busjäger gegen Ortenberg.

Die ursprünglich als Entschädigung geforderten 1241 fl. 45 kr. wurden durch das hofgerichtliche Urtheil auf 660 fl. nebst Zinsen zu 5 pCt. vom 1. Nov. 1854 an, herabgesetzt, ohne daß der Kläger gegen die Abweisung des Mehrbetrags oberappellirt hätte.

Unter den 660 fl. sind 200 fl. für das nicht mehr vorhandene Grundstück No. 24 und 460 fl. für die Ueberschätzung begriffen, zu deren Beweis eine Expertise beantragt worden war.

Die Sachverständigen schätzten die in der Hypothek von 1851 zu 4512 fl. taxirten Pfandstücke, mit Ausnahme von No. 24, auf 3852 fl., wodurch sich ein Minderwerth von 460 fl. ergab, welcher in den vordern Instanzen als Ueberschätzung angesehen ward, wie es unlängst wieder in einem ähnlichen Falle geschehen ist. Vrgl. Annalen XXIII. 63.

Wiewohl nun das großh. Oberhofgericht zur Begründung der Rückgriffsklage nicht fordert, daß der unrichtigen Schätzung ein Vergehen oder Versehen des Pfandgerichts zum Grund liegen müsse; so gilt ihm doch auch die zwischen der frühern Taxation des Pfandgerichts und der spätern Schätzung von Sachverständigen obwaltende Verschiedenheit noch nicht als Beweis einer Unrichtigkeit, welche zum Schadensersatz verpflichtet. Vrgl. Annalen IX. 278 und Jahrbücher XII. 180 ff.

Darum wurde der wegen Ueberschätzung erhobene Ersatzanspruch in III. Instanz nicht für begründet und erwiesen angesehen,

sohin die Klage nur bezüglich des Grundstücks No. 24 aufrecht erhalten und im Uebrigen abgewiesen.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Obgleich die für das Busjäger'sche Darlehen von 2000 fl. im September 1851 zum Unterpfand eingesetzten Liegenschaften insgesammt auf 4512 fl. geschätzt sind, so hat doch der Darleiher in der Gant seines Schuldners Ignaz Herr 1158 fl. 51 kr. verloren, weil der Erlös aus den versteigerten Unterpfändern zu seiner vollen Befriedigung nicht hinreichte.

Für diesen Verlust sollen die Mitglieder des im September 1851 zu Ortenberg bestandenen Gemeideraths einstehen, weil sie nicht nur die Pfandstücke überschätzt, sondern auch ein Grundstück (No. 24) im Anschlag von 200 fl. als Eigenthum des Schuldners gewährt hätten, wiewohl solches schon am 6. Februar 1838 für 170 fl. an L. Braun verkauft worden sei.

In Bezug auf dieses Grundstück ist die Rückgriffsklage rechtlich begründet und erwiesen, da der gedachte Vertrag wirklich in dem Kauf- und Tauschbuche der Gemeinde Ortenberg Theil IV. S. 136 No. 64 eingetragen steht, durch dessen Einsichtsnahme der Gemeinderath sich hätte überzeugen können, daß J. Herr zur Zeit der Kapitalaufnahme nicht mehr Eigenthümer des fraglichen Grundstücks war.

Die Auslassung dieses Verkaufs im Register entschuldigt das Pfandgericht um so weniger, als dasselbe nach L.R.S. 2127 a für die Richtigkeit des ausgestellten Zeugnisses haften muß, es mag das Register vollständig sein oder nicht.

Eben so wenig kann der Umstand, daß der Akt vom 6. Februar 1838 nur von den Contrahenten unterzeichnet ist, die Beklagten ihrer Haftverbindlichkeit entheben, weil der Mangel ihrer Unterschriften keine Nichtigkeit des Geschäfts wirkt, über dessen rechtlichen Bestand sie ohnehin nicht zu entscheiden hatten.

Die Beklagten müssen daher auch den ganzen Anschlag von 200 fl. ersetzen, da sich nicht ermitteln läßt, wie viel etwa bei einer Versteigerung des Grundstückes weniger erlöst worden sein würde. L.R.S. 2127 a und 2197.

An L. Braun kann der Kläger darum nicht verwiesen werden, weil die Pfandklage gegen den Besitzer der Liegenschaft nur dann statt fände, wenn dieselbe im Jahr 1851 noch gültig hätte verpfändet werden können, wie es nach L.R.S. 2124 vergl. mit L.R.S. 1599 nicht der Fall ist.

Hinsichtlich der behaupteten Ueberschätzung dagegen ist die Haftbarkeit der Beklagten nicht für begründet zu erachten, da diese nur in dem Falle vorhanden sein würde, wenn die als Unterpfand verschriebenen Güter nicht ordnungsmäßig, sondern unrichtig tarirt worden wären.

II. Einf.-Edict §. 26 a. E.

Für die Ordnungsmäßigkeit oder Legalität streitet aber bis zum Beweise des Gegentheils die Vermuthung, welche durch eine abweichende Taxation von Sachverständigen für sich allein nicht entkräftet werden kann.

In der Klage ist zwar die Unrichtigkeit der gemeinderäthlichen Schätzung behauptet, aber überall nicht in gehöriger Weise (Jahrbücher n. F. XII. 180 ff) thatsächlich begründet, geschweige denn durch das erhobene Gutachten für sich allein erwiesen.

Die Beklagten sind demnach zur Ungebühr verurtheilt, die zwischen ihrer Abschätzung von 1851 und der Expertise von 1855 bestehende Differenz mit 460 fl. an den Kläger zu ersetzen. Ihre Ersatzschuldigkeit beschränkt sich daher auf die Summe von 200 fl. nebst Zinsen zu 5 pCt. vom 1. November 1854 an rc. rc.

D. R.

IV.

Oberhofgericht.

Ist nach unserer Prozeßordnung die Eröffnung einer Sondergant über das im Inlande gelegene Vermögen eines im Auslande verganteten Schuldners zulässig und zwar mit der Wirkung, daß nur Inländer zur Liquidation und Befriedigung ihrer Forderungen aus diesem Vermögen zugelassen werden? (Annalen XXIII. 97.)

Levis gegen Levis.

Auf die von den Klägern gegen das hofgerichtliche Erkenntniß eingewandte Oberappellation erfolgte unterm 9. Juli l. J. die oberhofgerichtliche Bestätigung.

Entscheidungsgründe.

Die Oberappellanten finden sich beschwert, weil ihr Antrag auf Einleitung einer Sondergant über das im Inland gelegene Vermögen des Gerson Levis von Mainz als unstatthaft verworfen und sie in die Kosten verfällt wurden.

Diese Beschwerde erscheint jedoch nicht begründet. Das Klagbegehren beabsichtigt die Erkennung einer Sonder-Gant über das hierlands gelegene Vermögen des Gerson Levis zu Gunsten der inländischen Gläubiger mit Ausschluß der ausländischen Gläubiger.

Daß dies der Sinn und Zweck der Klage sei, ergibt sich nicht allein aus dem Schlußbegehren, insbesondere aus der in dieser Instanz wiederholten No. 4 desselben, sondern auch aus der ganzen Begründung der Klage. Damit völlig unvereinbar ist der in der mündlichen Verhandlung dieser Instanz gemachte Versuch des klägerschen Anwaltes, das Klagbegehren als trennbar in dem Sinne darzustellen, daß die No. 4 und 1 des Klagbegehrens enthaltenen Gesuche sich wie primäres und eventuelles Klagbegehren zu einander verhalten, so daß, wenn auch dem Begehren No. 4 nicht stattgegeben werden konnte, noch über das angeblich eventuelle Begehren eine Sondergant über das hierländische Vermögen ohne Ausschluß der ausländischen Gläubiger einzuleiten, zu erkennen gewesen wäre.

Wäre dieß die Absicht der Kläger gewesen, so hätte das Klagbegehren ganz anders gestellt werden müssen.

Es läßt sich für die Statthaftigkeit dieser Wendung auch nicht anführen, daß die Kläger damit nur einen Theil das Klagbegehrens aufgegeben haben; denn die Klage würde dadurch offenbar zu einer ganz anderen gemacht, was hier um so weniger angeht, da es sich um eine Ladungsversagung handelt, bei deren Prüfung es lediglich auf die Begründung der Klage, sowie sie angestellt wurde, ankommt.

Es ist demnach nur über die Frage zu entscheiden, ob das Begehren einer Sondergant, wie solche die Klage nach der eben dargestellten Auffassung verlangt, rechtlich statthaft sei?

Diese Frage muß verneint werden. Die Pr.O. stellt im §. 775 die allgemeine Gant als Regel auf und gestattet eine besondere Gant neben der allgemeinen nur ausnahmsweise in den Fällen, wenn Gläubigern ein Absonderungsrecht auf ein gewisses, zu ihrer Befriedigung nicht zureichendes Vermögen zusteht, wie namentlich den Erbschaftsgläubigern (L.R.S. 878) und den Lehens- und Stammgutsgläubigern (L.R.Zusatz 577 cp und cq). Einen solchen Ausnahmsfall konnten aber die Kläger nicht behaupten.

Diese Bestimmung ist nicht blos für die einheimischen Staatsangehörigen maaßgebend, sondern nach §. 776 der Pr.O. auch für die Ausländer, soweit nicht Staatsverträge oder das Prinzip der Gegenseitigkeit eine andere Behandlung der Ausländer rechtfertigen.

Der hierin ausgesprochene und auch sonst überall (siehe insbesondere §. 41) in der Pr.O. festgehaltene Grundsatz der Gleichberechtigung der Ausländer mit dem Inländer würde aber offenbar verletzt, wenn zu Gunsten der letzteren mit Ausschluß der ausländischen Gläubiger außer den im §. 775 bemerkten Fällen und ohne die Voraussetzungen des §. 776 Pr.O. eine Sondergant über das im Inland befindliche Vermögen des ausländischen Gantmanns statuirt würde, und in dieser Beziehung kann die beanstandete Anwendbarkeit des §. 776 hier keinem Zweifel unterworfen sein, wenn auch derselbe zunächst den Fall einer im Inlande eröffneten allgemeinen Gant im Auge hat. Vergl. v. Weiler Motive ad §. 812.

Da nun ein Staatsvertrag mit dem Großherzogthum Hessen nicht besteht, wodurch über den fraglichen Gegenstand etwas besonderes bestimmt wäre, der von den Klägern versuchte Beweis, daß in Hessen in einem gleichen Falle grundsätzlich die Ausfolgung des dort befindlichen Vermögens eines hierländischen Gantmanns verweigert werde, aber mißlungen ist, wie bereits in den Gründen zu dem hofgerichtlichen Urtheil ausgeführt wurde, so fehlt es dem Antrag theils an rechtlicher Begründung theils an Beweis.

A. d. Gr. rc. D. R.

V.

Wiederaufnahme des Verfahrens.

§. 140 des Gesetzes vom 5. Februar 1851.

Der vormalige Rechtspraktikant Joseph Bühler von Offenburg, welcher durch Urtheil des Hofgerichts des Seekreises vom 7. August 1850 der Theilnahme am Hochverrath für schuldig erklärt und in eine Zuchthausstrafe von drei Jahren verfällt worden war, hatte sich durch Flucht der Strafe entzogen. Am 16. April d. J. stellte sich Bühler und bat derselbe um Wiederaufnahme des

Verfahrens. Dieses Gesuch wurde aber vom Hofgericht des Seekreises am 10. Mai d. J. als unbegründet verworfen, aus folgenden Gründen:

Insoweit der Verurtheilte sein Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahres auf die Bestimmung des §. 140 Ziff. 2 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 gründen will und deßhalb in seiner Eingabe vom 26. April d. J bemerkt, daß er noch nicht als Angeschuldigter vernommen worden sei und von den jeweiligen öffentlichen Vorladungen und Ausschreiben keine Kenntniß erhalten habe, so genügt dieses allein noch nicht, um seinem Gesuche entsprechen zu können, denn abgesehen von der Frage, ob überhaupt die Bestimmung des §. 140 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 auf die vorliegende Strafsache anwendbar sei, in welcher das Urtheil schon vor dem 1. März 1851 gefällt war *) (§. 143 des angeführten Gesetzes), so mußte der Verurtheilte nicht nur die behauptete Unkenntniß von der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung wahrscheinlich machen, sondern er mußte noch weiter wahrscheinlich machen, daß er wegen des Verbrechens, wegen dessen er verurtheilt ist, nicht geflohen sei, und beides hat er unterlassen.

Insoweit er aber dem Gesuche um Wiederaufnahme des Verfahrens durch den Vortrag neuer Thatsachen und Beweise Eingang verschaffen will, ist vor Allem zu erwägen:

Alles, was nur eine Erörterung und Prüfung des Ergebnisses der früher gepflogenen Untersuchung und nur Ausführungen darüber enthält, daß dieses Ergebniß bei der früheren Aburtheilung unrichtig beurtheilt worden sei, ist bezüglich des Gesuches um Wiederaufnahme des Verfahrens unerheblich und unstatthaft, denn hiezu war dem Verurtheilten das Rechtsmittel des Rekurses gegeben, und ferner ist es unstatthaft und unerheblich, wenn eine nochmalige Erhebung der bei der frühern Aburtheilung vorliegenden Beweise mit Rücksicht auf einfache Widersprüche des Verurtheilten beantragt wird, denn er muß neue Thatsachen und Beweise vorbringen, und zwar müssen diese in dem Grade erheblich sein, daß sie die Schuldlosigkeit oder wenigstens eine verminderte Schuld des Verurtheilten darthun.

Wendet man dieses auf den Inhalt der Eingabe vom 26. v. M. an, so ergibt sich, daß derselbe schon an und für sich nicht geeignet ist, eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu begründen, und daß das hierauf gerichtete Gesuch sofort verwerflich sei, ohne daß es der vorläufigen Erhebung der angetretenen Beweise bedürfte, welche andernfalls dem Erkenntnisse über das gestellte Gesuch noch vorausgehen müßte.

Zum Theile enthält nämlich die fragliche Eingabe nur Ausführungen über das Ergebniß der früher geführten Untersuchung und den Versuch, die bei der früheren Aburtheilung hieraus gezogenen Folgerungen zu widerlegen; bezüglich eines an und für sich wenig erheblichen Vorganges wurden nur die von einem Zeugen ausgesagten Thatsachen anders dargestellt, ohne weitere Beweise vorzuschlagen; bezüglich anderer Vorgänge waren die vorgetragenen Thatsachen und Beweise schon früher erhoben. Wo aber die vorgetragenen Thatsachen und Beweise früher noch nicht aktenmäßig waren, sind dieselben zum Theil völlig unerheblich, und wo dieselben für den Fall, daß deren Erhebung zu einem für den Verurtheilten günstigen Resultate führen würde, nicht völlig unerheblich wären, so würde die Erheblichkeit nicht von der Bedeutung sein, daß Angesichts des Gesammtergebnisses der Untersuchung eine verminderte Schuld desselben dargethan wäre, (wie dieß in den Entscheidungsgründen näher ausgeführt ist).

Hiernach stellt sich das Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens als unbegründet dar.

Von großh. Oberhofgericht wurde durch Erkenntniß vom 5. Juni d. J. die Beschwerdeführung des Joseph Bühler als unbegründet verworfen unter Adoption der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe. Hgr.

*) Vergl. Annalen XXII. S. 112. 375.

D. E.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 37.

I.

Ausbeute von Erfahrungen im Schwurgerichtssaal.

(Fortsetzung. [1])

VI. Der Wahrspruch.

Wir nehmen unsere Erörterungen über das schwurgerichtliche Verfahren wieder auf, um uns zum wichtigsten Theile desselben, dem *Wahrspruch* selbst, zu wenden.

Einige allgemeine Bemerkungen hierüber sind schon im Verlaufe der früheren Mittheilungen gelegentlich vorgekommen; hieran mag manche nähere Bemerkung aus dem Gebiete der Erfahrung und der Rechtskunde eingereiht werden.

Da jedoch eine bedeutsame **Streitfrage über die zu Wahrsprüchen gesetzlich erforderliche Stimmenzahl** entstanden ist, so muß vor Allem diese wichtigste Frage hier zur Erörterung und, soweit es uns gelingt, zur Lösung kommen.

Der §. 98 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 bestimmt (unter der Aufschrift: „*Stimmenmehrheit*"), daß *die Frage, ob die That verübt worden, ob eine Thatsache, die als erschwerender Umstand gilt, dabei vorkomme, ob der Angeklagte als Urheber oder Gehilfe, und ob derselbe zurechnungsfähig erscheine, nur dann als bejaht zu betrachten sei, wenn mindestens zwei Drittel der Geschworenen sie bejahen.*

Ganz dieselbe Bestimmung findet sich schon im §. 31 des Gesetzesentwurfes über Einführung der Schwurgerichte vom Jahr 1848 [2]), sowie im §. 36 des nicht in das Leben getretenen Schwurgerichtsgesetzes vom 17. Februar 1849 [3]) und es ist hiemit die ebenfalls nicht zum Vollzug gekommene gleichartige, jedoch näher durchgeführte Vorschrift des §. 247 der St.Pr.O. über die Stimmenzahl bei richterlichen Abstimmungen zu vergleichen.

Eine weitere Bestimmung über die bei Wahrsprüchen erforderliche Stimmenmehrheit enthält das Gesetz vom Jahr 1851 nicht; auch geben weder die Motive zu den Gesetzesentwürfen noch die landständischen Commissionsberichte [4]) eine nähere Aufklärung über den Sinn unserer Gesetzesbestimmung, es konnten daher über den richtigen Sinn des erwähnten §. 98 allerdings leicht Zweifel und Irrungen entstehen.

Man hat aus der Vorschrift des §. 98 die weitgehende Folge gezogen, daß zu *jeder* Entscheidung *gegen* den Angeklagten eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen der Geschworenen nöthig sei. Namentlich hat **Bekk** in seinen Anmerkungen zum Gesetz über Einführung des neuen Strafverfahrens und der Schwurgerichte (zu §. 98) S. 83—89 diese Meinung ausführlich vertheidigt.

Das Ergebniß seiner Ausführung geht dahin, daß das Gesetz sowie für die Annahme einer *Anschuldigungsthatsache*, ebenso auch für die Annahme des *Nichtvorhandenseins* einer behaupteten *Entschuldigungsthatsache* eine Mehrheit von zwei Dritteln fordere und es sich nur daraus erkläre, warum für die Stimmenzählung hinsichtlich der *Letzteren* keine besondere Bestimmung gegeben sei (S. 88). Hiefür macht derselbe hauptsächlich folgendes geltend:

[1]) Vergl. *Annalen* Jahrg. XXII. S. 89 ff.

[2]) Abgedruckt in Reg.-Bl. 1848, S. 250. 256.

[3]) Reg.-Bl. 1849 S. 83. 90. Vergl. auch Entwurf einer *revidirten* Strafprozeßordnung §. 274.

[4]) Vergl. Motive zum §. 31 des Entwurfes vom Jahr 1848 (die Motive zum Gesetz vom Jahr 1851 sind ganz kurz und allgemein gehalten), ferner Commissionsbericht der zweiten Kammer hiezu von *Mittermaier*.

1) Der §. 247 der St.Pr.O., der für die Abstimmung bei ständigen Gerichten gegeben gewesen sei, habe zwischen den eigentlichen Anschuldigungsthatsachen: ob die That verübt wurde, ob ein erschwerender Umstand dabei vorkomme, und ob der Angeschuldigte als Urheber oder Gehilfe überwiesen sei? einerseits — und den entlastenden, nämlich das Verbrechen mildernden oder völlig entschuldigenden oder die Strafe aufhebenden Thatumständen andererseits unterschieden. Hinsichtlich der Thatumstände der zweiten Art sollte die einfache Mehrheit genügen.

In §. 98 sei nun zwar nur hinsichtlich der die Zurechnungsfähigkeit aufhebenden Thatsachen ausdrücklich die Mehrheit von zwei Dritteln verlangt, allein wenn das Gesetz hinsichtlich der übrigen entlastenden Thatsachen etwas Anderes hätte haben wollen, so hätte es auch für diese eine besondere Abstimmungsweise festsetzen und namentlich bestimmen müssen, wie es im Falle der Stimmengleichheit zu halten sei.

2) Bezügliche Bestimmungen über die Abstimmungsweise bei Thatsachen der fraglichen Art seien auch in einigen deutschen Gesetzen gegeben worden, wie in der östreichischen St.Pr.O. vom Jahr 1850, §. 335, und dem bayrischen Schwurgerichtsgesetz, Art. 192. In anderen deutschen Gesetzen sei dagegen in (verschiedener Weise) bestimmt, daß jede Entscheidung gegen den Angeklagten zwei Drittel der Stimmen erfordere. In diesem letzteren Sinne müsse auch unser Gesetz aufgefaßt werden, obwohl es sich nicht in so bestimmter Weise ausdrücke.

3) Was von dem Vorhandensein, beziehungsweise dem Mangel der Zurechnungsfähigkeit im Allgemeinen gelte, das müsse doch um so mehr auch von den blosen Milderungsgründen gelten, da diese ja in vielen Fällen nur das theilweise Vorhandensein eines Zustandes darstellen, welcher, in seinem vollen Maaßumfang gedacht, die gänzliche Unzurechnungsfähigkeit begründen würde (St.G.B. §. 153 Ziff. 2) und da andere Fälle theils diesen Fällen gleich zu achten, theils vom Gesetz, welches keine Unterscheidung enthalte, gleichgestellt seien.

4) Daß das Gesetz in §. 98 die erschwerenden Umstände besonders hervorhebe, ohne dabei auch der mildernden Umstände besonders zu erwähnen, sei kein haltbarer Gegengrund, denn die letzteren bedürften ja allerdings zur Bejahung nicht zwei Drittel der Stimmen und Alles, was der Milderung entgegenstehe, sei hier einer Erschwerung gleich zu behandeln; die schwerere Lage der Sache müsse durch zwei Drittel bejaht sein. (Schuldig ohne den Milderungsgrund).

Auf diese Gründe, welche hier kurz und bündig, ihrem wesentlichen Sinne nach, zusammengestellt wurden, stützt sich die Bekk'sche Ansicht. Es konnte nicht fehlen, daß die fragliche Ansicht, gleich bei dem Eintritt des neuen Gesetzes von einer so gewichtigen Stimme mit beachtenswerthen Gründen entwickelt, viele Anhänger gewann, und es scheint dieselbe insbesondere bei dem Schwurgericht des Mittelrheinkreises bis auf die neueste Zeit in unangefochtener Geltung gestanden zu sein.

Die Ansicht Bekks kann jedoch nicht als die richtige anerkannt werden. Sie entspricht nicht dem wirklichen Sinne des Gesetzes und auch dem Wortlaute desselben weit weniger als die auf einem vernünftigeren System beruhende abweichende Ansicht, welche bei dem Schwurgericht des Unterrheinkreises sich Geltung verschaffte und auch von Anton Mayer in seiner Schrift über das Strafverfahren im Großherzogthum Baden §. 78, S. 172, obwohl ohne nähere Begründung, angenommen wurde.

Die letztere Ansicht geht von folgenden Sätzen aus:

Das badische Gesetz hat für die Wahrsprüche der Geschworenen nicht das englische System der Stimmeneinhelligkeit, sondern das System der Stimmenmehrheit angenommen. Es hat hiebei für die im §. 98 hervorgehobenen Anschuldigungsthatsachen eine besondere, stark überwiegende Mehrheit vorgezeichnet.

Für diese Thatsachen, sowie für alle Entlastungsthatsachen, welche nur das Nichtdasein jener Anschuldigungsthatsachen zum Gegenstand haben (aber auch nur für diese) ist die verstärkte Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen erforderlich, wogegen für andere Thatsachen, namentlich für besondere Milderungsgründe jeder Art, die einfache Stimmenmehrheit, als die gewöhnliche und natürliche Mehrzahl, genügen soll, wie aus dem §. 98 zwar nicht ausdrücklich, aber doch mittelbar deutlich zu entnehmen ist.

Zu näherer Begründung dieser Sätze und zur Widerlegung der obigen Gegengründe ist weiter zu bemerken:

Zu Ziff. 1, sowie auch zu Ziff. 3.) Die Bestimmung des §. 247 der St.Pr.O. ist viel eher geeignet,

die hier vertheidigte, als die Bekk'sche Ansicht zu bestätigen, insofern daraus zu ersehen ist, wie schon die badische Gesetzgebung vom Jahr 1845 eine ähnliche Unterscheidung zwischen eigentlichen Anschuldigungsthatsachen und mildernden Umständen u. s. w. angenommen hatte und insofern das neuere Gesetz, wo eine Abweichung von dem früher angenommenen System nicht klar erhellt, im Zweifel doch eher in Uebereinstimmung mit dem früher angenommenen System aufzufassen ist.

Die Zurechnungsfähigkeit ist ein allgemeines und nothwendiges Erforderniß für das Vorhandensein der Schuld des Angeklagten überhaupt. Dieses positive Erforderniß ist daher allerdings wie jede andere Anschuldigungsthatsache zu behandeln, während die etwaigen Milderungsgründe gegenüber der einmal festgestellten Schuld des Angeklagten in der Hauptsache eine hievon merklich verschiedene Stellung einnehmen.

Sie stellen im gewissen Sinne ein einer Exceptio oder Einrede des Civilrechtes nicht unähnliches Verhältniß dar, wenn auch die wesentliche Verschiedenheit des bürgerlichen Rechtes und des Strafrechtes niemals verkannt werden darf.

Hätte der Gesetzgeber das von Bekk behauptete System aufstellen wollen, so hätte er nur einfach auszusprechen gehabt, daß zu jeder Entscheidung gegen den Angeklagten (zum Nachtheil des Angeklagten) zwei Drittel der Stimmen erforderlich seien. Wozu sollte in diesem Falle die besondere Aufzählung der als Anschuldigungsthatsachen geltenden Thatumstände in §. 98 dienen? Eine derartige Ausdrucksweise wäre in Wahrheit mehr als unlogisch und undeutlich!

Zu Ziff. 2, sowie Ziff. 1. Einige deutsche Schwurgerichtsgesetze, nämlich das preußische, würtembergische, kurhessische und nassauische Gesetz enthalten allerdings jene von Bekk in das badische Gesetz übergetragene Vorschrift, daß zu jeder Entscheidung eine Frage gegen den Angeklagten (zu jeder ihm nachtheiligen Fragenbeantwortung) zwei Drittel der Stimmen nöthig sein sollen; sie sprechen aber die Vorschrift mit einfachen, bestimmten Worten aus, Churhessen am ausführlichsten. [5])

[5]) Vrgl. preußisches Gesetz von 1852, Art. 92; würtembergisches Schwurgerichtsgesetz, Art. 166; kurhessisches Gesetz über das Strafverfahren von 1848, §. 324; nassauisches Schwurgerichtsgesetz, Art. 178.

Andere deutsche Gesetze dagegen haben ein anderes System angenommen:

Nach dem bayerischen Gesetz [6]) entscheidet bezüglich der Strafmilderungsgründe die einfache Mehrheit, während zur Schuldigsprechung des Angeklagten bezüglich der Hauptfrage über die Schuld sowie bezüglich der eine schwerere Qualifikation begründenden Umstände zwei Drittel der Stimmen nöthig sind. Eine ähnliche Bestimmung enthält die thüringische Strafprozeßordnung [7]), indem sie zur Schuldigerklärung oder Bejahung erschwerender Umstände zwei Drittel der Stimmen, für die Frage, ob ein strafmildernder oder ein strafmindernder, oder ein die Strafbarkeit ausschließender Umstand vorhanden sei, einfache Stimmenmehrheit verlangt. Die aufgehobene österreichische Strafprozeßordnung vom Jahr 1850 [8]) enthielt ebenfalls ähnliche Bestimmungen.

Nach dem hannöverischen [9]) und großh. hessischem [10]) Gesetz erfolgt die Entscheidung sowohl für als gegen den Angeklagten nach einfacher Stimmenmehrheit; das braunschweigische [11]) Gesetz verlangt zu jedem Ausspruch Stimmeneinhelligkeit.

Nach badischem Recht wird nun, in richtiger Auffassung des §. 98, ein dem bayerischen, thüringischen und früheren österreichischen ähnliches System als geltend anzuerkennen sein. [12]) Allerdings haben die ebengenannten und mehrere andere Gesetze die Vorschrift, daß die Stimmengleichheit dem Angeklagten zu gut kommen soll, ausdrücklich hinzugefügt, was auch in §. 247 Abs. 4 der badischen Str.Pr.O. geschehen war, während das Gesetz vom 5. Februar 1851 eine gleiche Vorsorge nicht getroffen hat. Es läßt sich nicht leugnen, daß dieß ein auffallender Umstand ist, um so auffallender, da in §. 97 des nämlichen Gesetzes bezüglich

[6]) Schwurgerichtsgesetz, Art. 192.

[7]) St.P.O. Art. 292.

[8]) St.P.O. vom Jahr 1850, §. 335.

[9]) St.P.O. §. 189.

[10]) Schwurgerichtsgesetz Art. 180. Wird aber nur mit 7 gegen 5 Stimmen der Angeklagte der Hauptthat für schuldig, beziehungsweise der Zustand, oder die Thatsache, welche die Strafbarkeit völlig aufheben, für nicht erwiesen erklärt, so berathschlagt gemäß Art. 185 der Assisenhof über denselben Gegenstand. (Auf die Verneinung von diesen Milderungsgründen ist diese Maßregel nicht ausgedehnt.)

[11]) St.P.O. §. 142.

[12]) Vrgl. hiemit auch die in Note 10 angeführte Bestimmung des großh. hessischen Gesetzes.

der Wahl des Obmannes der Geschworenen der Fall der Stimmengleichheit vorgesehen worden ist. Gleichwohl kann diesem Mangel eine entscheidende Bedeutung nicht beigelegt werden. Abgesehen davon, daß es sich hier um einen wohl sehr selten vorkommenden Fall handelt, so erklärt sich dieser Mangel durch das Bestreben nach Kürze und durch den nicht zu übersehenden Umstand, daß zur Zeit der ersten Aufstellung des in den §. 98 übergegangenen Grundsatzes die ausführlichere Vorschrift des §. 247 der Str.Pr.O. als daneben bestehend und zur Erläuterung und Ergänzung dienend betrachtet werden konnte. [13]) Man vergleiche hiewegen den §. 237 des Entwurfes der revidirten Str.Pr.O. vom Jahr 1849.

Uebrigens ist der Grundsatz, daß die Gleichheit der Stimmen (ein unlösbarer Zweifel) dem Angeschuldigten zu Statten kommen muß, ein allgemeiner und natürlicher, den man, zumal im Rückblick auf Str.Pr.O. §. 247, auch ohne ausdrückliche Vorschrift wird gelten lassen können.

Zu Ziff. 3.) Hier bedarf es nach dem schon oben zu Ziff. 1 Gesagten keiner weiteren Bemerkung.

Zu Ziff. 4) kann zum Theil ebenfalls auf das zu Ziff. 1 am Schluß Bemerkte verwiesen werden. Wenn zur Rechtfertigung der Bekk'schen Auslegung gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes geltend gemacht wird, Alles, was der behaupteten Milderung entgegenstehe, sei einer Erschwerung gleich zu behandeln, es müsse stets die schwerere Lage der Sache durch zwei Drittel bejaht werden, so erscheint diese Erklärungsart in Vergleichung mit der Fassung des Gesetzes und der Sprachweise unseres Strafgesetzbuches, welches zwischen Erschwerung und Straferhöhung, Strafmilderung und Strafminderung u. s. w. überall streng unterscheidet, so künstlich und gewagt, daß ihr alle Lebensfähigkeit abzusprechen ist.

Fragen wir aber zum Schlusse, welches von beiden Systemen [14]) vernünftiger und dem Geist unserer Schwurgerichtsgesetzgebung entsprechender ist, so liegt wohl, bei näherer Forschung über das Wesen der Schwurgerichtsanstalt, der Gedanke nicht ferne, daß es, nachdem der Grundsatz der Wahrheitsermittelung durch Geschworene nach dem Gesetz der Stimmenmehrheit einmal anerkannt ist, als eine grundsatzwidrige, nicht zu billigende Abweichung erscheint, wenn man in Bezug auf strafmildernde Thatsachen selbstständiger und positiver Art zu Gunsten des Angeklagten, deren Feststellung nicht blos durch einfache Mehrheit, sondern sogar durch die Minderzahl von 5 gegen 7 zuläßt und bei gesetzmäßig festgestellter Schuld im Allgemeinen das Nichtvorhandensein möglicher Milderungsgründe wie einen Theil der Anschuldigung oder als eine Erschwerung behandelt.

Was aber den Geist unserer Schwurgerichtsgesetzgebung betrifft, so dient der mehrerwähnte §. 247 der Str.Pr.O. zu dessen richtigem Verständniß [15]), und ein System wie das oben von uns bekämpfte, insofern es auf

[13]) „Der Entwurf ist deßwegen weniger ausführlich, weil er theils auf die Strafprozeßordnung von 1845 verweist, theils überhaupt viele Einzelfragen und technische Punkte der Rechtsübung überläßt . . ." Mittermaier im Eingang seines Commissionsberichtes der II. Kammer vom Jahr 1848.

Hiemit ist die kurze Begründung zum Entwurf des Schwurgerichtsgesetzes vom Jahr 1850—51 zu vergleichen, besonders die Schlußbemerkung: „Da die Bestimmungen des Entwurfs im Einzelnen fast durchgängig aus schon gegebenen Gesetzen oder früheren Entwürfen hergenommen sind, so bedarf es keiner in's Einzelne gehenden Begründung."

[14]) Die Schwankungen des französischen Rechtes in Bezug auf die zu Wahrsprüchen erforderliche Stimmenzahl sind bekannt.

Vrgl. meine Schrift: „Die deutschen Schwurgerichtsgesetze in ihren Hauptbestimmungen . . ." Einleitung zu Abschnitt XXIX. S. 195. 196 durch das Gesetz vom 18. October 1848 war der öfters umgestaltete Art. 347 des Code d'instruction criminelle dahin abgeändert, daß zum Ausspruch der Jury gegen den Angeklagten über die Hauptthatsachen, die Erschwerungsgründe, die Entschuldigungsgründe und die Zurechnungsfähigkeit eine Mehrheit von mehr als sieben Stimmen erforderlich sein; das Vorhandensein von Milderungsgründen aber schon mit einfacher Mehrheit auszusprechen sein sollte. Nach der jetzigen Fassung, gemäß Gesetz vom 9. Juni 1853 lautet der Art. 347 des Code d'instruction criminelle wieder einfach so: „La décision du jury, tant contre l'accusé que sur les circonstances atténuantes, se forme à la majorité. La déclaration du jury constate cette majorité, sans que le nombre des voix puisse y être exprimé; le tout à peine de nullité." Art. 351 bleibt abgeschafft.

In Belgien gilt noch der Art. 347 und 351 des Code d'instruction criminelle in der ursprünglichen Fassung, wonach zwar die Entscheidung für und gegen den Angeklagten nach Stimmenmehrheit erfolgt, jedoch im Falle einer Schuldigerklärung hinsichtlich der Hauptthat mit nur 7 gegen 5 Stimmen ausnahmsweise der Assisenhof mitzustimmen hat. Dies System gilt auch noch in Rheinpreußen, obwohl etwas modificirt; namentlich hat der Assisenhof im fraglichen Ausnahmsfalle, ohne Zusammenzählung der Stimmen mit denen der Geschworenen, allein den Ausschlag zu geben. Vrgl. Daniels rheinisches und französisches Strafverfahren §. 365. 368.

[15]) Vrgl. oben Note 13.

einer Uebertreibung in Aufstellung formeller Bürgschaften zum Schutze des Angeklagten beruht, möchte demselben überhaupt wenig entsprechen.

Hiernach wird unsere Auslegung des §. 98 wohl in jeder Beziehung gerechtfertigt erscheinen.

Eduard Brauer.

II.

1) Ersatzverbindlichkeit der Ehefrau, beziehungsweise deren Erben für Gemeinschaftsschulden aus einem Privatdelikt.
2) Schuldenübernahme und Wirkung derselben in Beziehung auf die Gläubiger.
3) Aufrechnung von Zahlungen der Gemeinschaftsschulden nach aufgelöster Gemeinschaft.

In Sachen der Gemeinde Zimmern gegen die minderjährigen Kinder des Joseph Schacherer sprechen sich die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe folgend aus:

Im Jahr 1835 beschloß die Bürgerschaft der Gemeinde Zimmern, bei verschiedenen Personen Kapitalien aufzunehmen und dieselben als verzinsliche Darlehen unter die einzelnen Bürger zu vertheilen. In Folge dessen wurden in den Jahren 1835 bis 1838 von dem damaligen Gemeinderath von Zimmern bei mehreren Personen auf dem Schwarzwalde Kapitalien aufgenommen und gewisse Beträge als verzinsliche Darlehen an einzelne Bürger abgegeben, so namentlich auch an den damaligen Bürgermeister Joseph Schacherer. Demselben war auch die Verwaltung und Verrechnung über die also aufgenommenen Kapitalien unter dem Namen „Wälderrechnung" übertragen.

Im Jahr 1846 wurde von der Gemeinde das ganze Guthaben, das sie aus Darlehen und aus der s. g. Wälderrechnung an Joseph Schacherer zu fordern hatte, eingeklagt. Und es erhielt der deßfallsige Prozeß durch einen Vergleich vom 19. Februar, resp. 13. März 1848 dahin seine Erledigung, daß die ganze Schuld des Joseph Schacherer auf 5635 fl. 20 kr. berechnet und diese Berechnung von beiden Theilen anerkannt wurde.

Bald nachher im Jahre 1850 gerieth Joseph Schacherer in Gant und die Gemeinde Zimmern liquidirte ihr ganzes Guthaben. Hierüber und wegen der von Schacherer behaupteten Zahlungen, die bei der vorhin erwähnten Berechnung der Schuld theils außer Acht geblieben waren, theils aber erst später geleistet wurden, entstund abermals ein Streit, worüber zwischen der klagenden Gemeinde einerseits, sodann dem Gemeinschuldner Schacherer und dem Gantmassevertreter andererseits am 10. Juli 1850 ein Vergleich zu Stande kam, wodurch die ganze Schuld Schacherers an die Gemeinde auf den Betrag von 4411 fl. 44 kr. zu 5 pCt. vom 24. November 1849 an verzinslich festgesetzt wurde.

Durch Ganturtheil des Bezirks-Amts Engen vom 15. Dezember 1851 ward sodann die Gemeinde Zimmern mit 1200 fl. sammt 3½ pCt. Zins vom 1. November 1847, sowie mit 540 fl. sammt 3½ pCt. Zins vom 1. November 1847 in die III. Ordnung, und mit 4411 fl. 44 kr. sammt 5 pCt. Zins vom 24. November 1849, abzüglich jedoch der Summen, mit welchen sie in die III. Ordnung locirt worden ist, in die IV. Ordnung, sodann mit einer weiteren Forderung von 1732 fl. 2 kr. aus Bürgschaft und 32 fl. 10 kr. für Umlagen in die V. Ordnung gestellt. Und sie erhielt nach Inhalt des Vertheilungsbescheids in der III. Ordnung mit 1913 fl. 41 kr. nebst 5 pCt. Zins vom 7. September 1850, in der IV. Ordnung keine und in der V. Ordnung mit 1058 fl. 21 kr. Befriedigung, sie erlitt somit einen Verlust von 3203 fl. 54 kr. Dieser Verlust fällt indessen sowohl auf die Forderung in der IV. Ordnung mit 2498 fl. 3 kr. als auf die Forderungen in der V. Ordnung aus Bürgschaft mit 1732 fl. 2 kr. und für Umlagen mit 32 fl. 10 kr. Allein diese beiden letzteren Forderungen sind nicht zum Gegenstand der erhobenen Regreßklage gemacht worden. Und die beiderseitigen Sachwalter stimmen in ihren Erklärungen, welche sie in dieser Instanz abgegeben haben, darin überein, daß an der Rezeßschuld, welche sich auf 2498 fl. 3 kr. beläuft, durch Verweisung 576 fl. 19 kr. bezahlt worden sind.

In einem Nachtrage zur Appellationsbeschwerde wurde zwar geltend gemacht, daß die Klägerin in V. Ordnung nicht blos 576 fl. 19 kr., sondern 1058 fl. 51 kr. erhalten habe. Allein hierauf kann schon deßhalb keine Rücksicht genommen werden, weil dieser Nachtrag erst in der heutigen Tagfahrt, also lange nach Umfluß der in §. 1141. 1148. Pr.O. festgesetzten Nothfristen eingereicht worden ist. Uebrigens kommt es auf diese Zahlung gar nicht an, wie weiter unten gezeigt werden wird.

Nur die Rezeßschuld kann noch allein Gegenstand der

erhobenen Regreßklage sein, da nach Inhalt des Vertheilungsbescheides die klagende Gemeinde mit der in die III. Ordnung gestellten Forderung von 1913 fl. 41 kr. sammt 5 pCt. Zins vom 7. September 1850 vollständig befriediget ist.

Insofern ist die Gemeinde Zimmern nach den bisher erwähnten Vorgängen, welche in dieser Instanz theils zugestanden, theils durch die beiderseits angerufenen Urkunden und Akten bewiesen sind, unzweifelhaft zur erhobenen Klage legitimirt. Und es steht derselben die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht im Wege. Denn in dem Prozesse zwischen der Gemeinde Zimmern und den jetzigen Beklagten, in welchem am 7. Dezember 1852 ein hofgerichtliches Urtheil erging, wurde über die jetzt geltend gemachten Ansprüche der Gemeinde gar nicht verhandelt und entschieden, vielmehr in den Entscheidungsgründen zu jenem Urtheile ausdrücklich bemerkt, daß die Gemeinde die Beklagten mit einer besondern Klage auf Bezahlung ihres Guthabens zu belangen habe. Und durch Urtheil des Bezirks-Amtes Engen vom 23. Dezember 1853 wurde die klagende Gemeinde mit ihrer deßfallsigen Klage aus dem freilich unstichhaltigen Grunde abgewiesen, weil kein Gemeindebeschluß über die Kapitalaufnahme und keine Staatsgenehmigung hiezu vorliege. Dieser Mangel ist aber jetzt gehoben, indem nachträglich ein Gemeindebeschluß wegen Uebernahme der s. g. Wälderschulden als Gemeindeschulden erging und die Staatsgenehmigung durch Erlaß der großh. Seekreisregierung vom 13. Oktober 1854 No. 21,763 ertheilt wurde.

Auch ist die Gemeinde Zimmern von den Gläubigern der Kapitalanlehen auf Zahlung belangt und gerichtlich hiezu verurtheilt worden. Zudem hat der Sachwalter der Beklagten in dieser Instanz selbst angeführt, daß Joseph Schacherer bezüglich der eingeklagten Forderung Vergleiche abgeschlossen habe und hierüber das Ganturtheil und die Verweisung ergangen sei. Und hierauf war die frühere Klage nicht gestützt. Es kann sonach die Activlegitimation der klagenden Gemeinde mit Grund nicht beanstandet werden.

Aber auch die Passivlegitimation der Beklagten liegt außer Zweifel. Denn die jetzigen Beklagten sind Erben und Rechtsnachfolger ihrer Mutter, der ersten Ehefrau des Joseph Schacherer, welcher mit derselben zugestandenermaßen in einer allgemeinen Gütergemeinschaft lebte. Sie ist zwar schon am 26. November 1841 gestorben. Allein nach der Vermögensuntersuchung des Gemeindehaushaltes in Zimmern, welche im März 1852 vorgenommen wurde, ist die Schuld des Joseph Schacherer nicht nur aus Darlehen, sondern auch aus Rezeß noch zu Lebzeiten seiner ersten Ehefrau, entstanden. Es sind daher die Beklagten nach L.R.S. 724. 1526. 1482 für die Hälfte der Schuld haftbar, da dieselbe gemäß L.R.S. 1409 eine Gemeinschaftsschuld ist. Wie oben erwähnt, wurde die Forderung aus Darlehen mit 1913 fl. 41 kr. nebst Zinsen durch Verweisung vollständig bezahlt und bleibt somit nur noch die Rezeßschuld übrig; welche dadurch entstanden ist, daß Joseph Schacherer die ihm anvertrauten Gelder in seinen Nutzen verwendete, welche also ihren Ursprung einer unrechten That verdankt. L.R.S. 1382. Und es wird nun Beklagterseits unter Berufung auf das oberhofgerichtliche Präjudiz in den oberhofgerichtlichen Jahrb. n. F. XIII. S. 108 ff. geltend gemacht, daß derartige Schulden keine Gemeinschaftsschulden seien, sondern dem Ehemanne allein zur Last fallen. Allein abgesehen von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit jener Entscheidung, so bezieht sich dieselbe nur auf solche Entschädigungsforderungen, welche aus einem Verbrechen des Mannes entstehen. Hier liegt aber kein Verbrechen in Frage, Joseph Schacherer wurde nicht wegen Rechnersuntreue oder Unterschlagung in Untersuchung gezogen und verurtheilt, wenigstens ist nirgends behauptet, daß eine solche Verurtheilung erfolgt sei. Es ist auch bei der eigenthümlichen Bestimmung in §. 400 des Str G.B. leicht möglich, daß man fremde Gelder in eigenen Nutzen verwenden kann, ohne daß man sich des gerichtlich strafbaren Verbrechens der Unterschlagung schuldig macht. Vrgl. Annalen XVIII. S. 139.

Hiernach muß angenommen werden, daß hier nur ein Privatdelikt vorliegt. Nun hat aber der oberste Gerichtshof in seinen Motiven zur erwähnten Entscheidung selbst anerkannt, daß in Ansehung der gewöhnlichen bürgerlichen Vergehen und Versehen die Frau bei Eingehung der Ehe und der Gemeinschaft die Möglichkeit solcher im Leben nicht selten vorkommenden Ereignisse in Rechnung bringen, und somit den Folgen derselben sich unterwerfen müsse. Ferner hat der höchste Gerichtshof anerkannt, daß die Gemeinschaft nach bekannten Grundsätzen jedenfalls insoweit haften müsse, als sie durch die unrechte That zum Schaden eines Anderen bereichert ist. Daß dieses hier wirklich der Fall sei, wurde von der klagenden Gemeinde behauptet und Beklagterseits

ist auch in der Vernehmlassung auf die Klage zugestanden, daß bei der auf Ableben der ersten Ehefrau des Joseph Schacherer erfolgten Erb- und Gemeinschaftstheilung dem Beklagten ein reines Vermögen von 3178 fl. zufiel, wie es auch nach der Natur der Sache nicht wohl anders sein, als daß durch die Zueignung einer solchen Summe Geldes die Gemeinschaft bereichert werden muß.

Beklagterseits wurde aber die Einrede vorgeschützt, daß Joseph Schacherer alleiniger Schuldner der fraglichen Forderung geblieben sei, und diese Einrede darauf gegründet, es sei bei der auf Ableben der ersten Ehefrau des Joseph Schacherer gepflogenen Erb- und Gemeinschaftstheilung durch Uebereinkunft das Vermögen in der Weise vertheilt worden, daß Joseph Schacherer das gesammte Liegenschafts- und Fahrnißvermögen im Stück um den Anschlag von 6378 fl. zugeschieden erhalten, dagegen die Verbindlichkeit übernommen habe, seinen Kindern, den Beklagten, eine Auslösungssumme von 3178 fl. in Geld zu bezahlen und sämmtlich vorhandene und zwar nicht nur die in das Vermögensinventar aufgenommenen, sondern auch die nichtaufgenommenen und etwa nachkommenden Schulden zu berichtigen.

Wenn auch die Sache sich wirklich so verhielte, so könnte dies in Beziehung auf die klagende Gemeinde keine Wirkung haben und wären die Beklagten hiedurch ihrer Verbindlichkeit nicht entlediget, einmal, weil die Gemeinde bei der Theilung nicht mitgewirkt hat, L.R.S. 1165, eine solche Mitwirkung wenigstens nicht behauptet ist, und zum Anderen, weil man bekannter Dinge wohl auf Rechte nicht aber auf Verbindlichkeiten verzichten und solche zum Nachtheil des Gläubigers ohne dessen Einwilligung nicht auf andere übertragen kann.

Es wurde zwar Beklagterseits noch geltend gemacht, daß die klagende Gemeinde jene Theilungsverhandlung dadurch anerkannt und genehmigt habe, daß sie sich, wie aus der im März 1852 vorgenommenen Untersuchung des Gemeindehaushalts in Zimmern hervorgehe, nach dem Tode der Frau des Jos. Schacherer wegen ihres Guthabens an diesen allein gehalten, daß sie sich nämlich ihr Guthaben von ihm allein habe anerkennen lassen, daß sie mit anderen Gläubigern auf das ganze Liegenschafts- und Fahrnißvermögen Gerichtszugriff genommen, daß sie in der Gant des Jos. Schacherer das ganze Guthaben liquidirt, Vergleiche abgeschlossen habe, und daß sie sich durch den Vertheilungsbescheid auf den Erlös aus den durch die Theilung erhaltenen Liegenschaften habe verweisen lassen. Allein in allen diesen Vorgängen liegt noch keine Anerkennung oder Genehmigung jener Theilungsverhandlung in der Art, daß Jos. Schacherer als alleiniger Schuldner der fraglichen Forderung anzusehen sei, zumal die klagende Gemeinde nach L.R.S. 1484 ein Recht hatte, den Jos. Schacherer auf Bezahlung der ganzen Schuld zu belangen, da derselbe nicht nur als Herr der Gemeinschaft, sondern auch persönlich für das Ganze haftbar ist. Auch ergibt sich aus jenen Vorgängen nicht, daß die klagende Gemeinde die Absicht hatte, die Beklagten als Erben der Frau des Jos. Schacherer ihrer Verbindlichkeit zu entlassen. L.R.S. 1271. 1273.

Zwar beträgt der Rest der Rezeßschuld, wenn man die Zahlung von 576 fl. 19 kr. in Abzug bringt, jetzt nur noch 1921 fl. 44 kr. sammt 5 pCt. Zins vom 24. November 1849. Nach dem Vergleich vom 10. Juli 1850, sowie nach dem Ganturtheil vom 15. Dezember 1851 und den Vertheilungsbescheid besteht aber die Rezeßschuld im Ganzen in 2498 fl. 3 kr. Und hievon haben die Beklagten als Erben der ersten Ehefrau des Jos. Schacherer nach L.R.S. 724. 1482 die Hälfte zu bezahlen; denn die aus der Gantmasse durch Verweisung erhaltenen Zahlungen von 576 fl. 19 kr. können offenbar nicht von dem den Beklagten treffenden Antheil der Schuld, sondern sie müssen von dem auf Jos. Schacherer oder dessen Gantmasse fallenden Antheil der Schuld in Abzug gebracht werden. L.R.S. 1484. Und es ändert nichts an der Sache, wenn man auch eine Zahlung von 1058 fl. 21 kr. annimmt, einmal weil hiedurch die auf Jos. Schacherer oder dessen Gantmasse fallende Hälfte der Schuld noch nicht einmal vollständig befriedigt ist, und zum Anderen, weil die Zahlung von 1058 fl. 21 kr. nicht blos auf die Forderung in der IV. Ordnung von 2498 fl. 3 kr., sondern auch auf die Forderung in der V. Ordnung aus Bürgschaft mit 1732 fl. 2 kr. und für Umlagen mit 32 fl. 10 kr. fällt, von welch letzteren sie nach L.R.S. 1256 zuerst in Abzug zu bringen wäre. Ebenso kann die Zahlung von 1913 fl. 41 kr. nicht von dem auf die Beklagten fallenden Antheil der Schuld in Abzug gebracht werden, weil abgesehen von der Bestimmung in L.R.S. 1256 nach Inhalt des Vertheilungsbescheides die Verweisung auf die in die III. Ordnung locirte Unterpfandsschuld für Darlehen erging.

Allerdings ist die Rezeßschuld erst nach dem 26. November 1841, d. h. nach dem Tode der ersten Ehefrau des Jos. Schacherer liquid gestellt worden; es beruht aber

die Liquidität derselben nicht blos auf Erklärungen und Geständnissen des Jos. Schacherer, sondern auch auf der schon mehrerwähnten im März 1852 vorgenommenen Untersuchung des Gemeindehaushaltes in Zimmern. Die Beklagten müssen daher die also festgestellte und auf andere Weise nicht wohl festzustellende Liquidität der Rezeßschuld um so mehr gegen sich gelten lassen, als eine Gefährde von Seite ihres Vaters nicht anzunehmen und auch überall nicht behauptet ist 2c.

Hgr.

III.

1) Mitwirkung der Eltern bei Vertragsabschlüssen der Kinder genügt in der Regel zur Rechtsbeständigkeit des Akts, wenn auch sonst ein Vormund oder Geschlechtsbeistand nöthig gewesen wäre.

2) Unter welchen Voraussetzungen ist das Geding eines Ehevertrags gültig, welches sich auf einen früher bestandenen Landesbrauch bezieht?

Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 8. Februar l. J. in Sachen Reinert gegen Reinert, welches durch oberhofgerichtliche Verfallenerklärung rechtskräftig geworden ist.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Mochte die Beklagte bei dem Abschlusse des Ehevertrags (19. Januar 1808) nach dem damaligen Rechte, weil sie, als am 16. Februar 1783 geboren, noch nicht volle 25 Jahre alt war, minderjährig oder volljährig gewesen sein, so bedurfte sie dennoch weder eines Pflegers noch eines Geschlechtsbeistands, da ihr bei diesem Akte ausweislich der Urkunde ihre Eltern assistirten, und mithin, da auch von widerstreitenden Interessen von Eltern und Tochter keine Rede ist, schon nach dem überall und stets gültigen Grundsatze der elterlichen Gewalt die Herzuziehung eines Fremden ausgeschlossen ist.

Die verschiedenen Rechtsbelehrungen (Reg.-Bl. 1811 S. 153, 1812 S. 59 und 229, 1819 S. 9) haben allerdings zu widerstreitenden Auslegungen über deren Verhältniß zu L.R.S. 1390 und l. Einf.-Ed. §. 12 Veranlassung gegeben, allein stets war allseitig anerkannt, daß ein Ehevertrag, welcher ein durch das Landrecht nicht verbotenes Geding mit hinlänglicher Gewißheit, wenn auch mit Bezug auf einen jetzt abgeschafften Landesbrauch, festsetzt, auch nach Eintritt der neuen Civilgesetzgebung des Landrechts unverkümmert zum Vollzuge kommen muß *) und von dieser Art ist der vorliegende Ehevertrag vom 19. Januar 1808.

Das darin festgesetzte Geding **) ungleicher Theilung ist nemlich dem Landrechte (S. 1520 ff.) ebenfalls bekannt und wie dasselbe zu verstehen ist, müßte, wäre auch der Ehevertrag neueren Ursprungs, im Wege der Auslegung gefunden werden, da man stets auf Aufrechthaltung der Verträge bedacht sein muß (L.R.S. 1134. 1135. 1157). In vorderster Reihe ist für die Auslegung der Landesbrauch des Vertragsakts maaßgebend, und ist dieser klar, so kommt es auf die Vorschrift des L.R.S. 1162 nicht an. (L.R.S. 1158.) Erwägt man das Zeugniß von Maier, Rechtsgeschichte S. 58, wonach in der Herrschaft Hanau-Lichtenberg, wozu Hesselshurst (der Vertragsort) gehört, nach Herkommen der Ehemann stets $^2/_3$ des ganzen Vermögens erhielt, und bedenkt man, daß nach Brauer, Erläuterungen, Bd. III. S. 315 lit. α. diese Theilungsart allgemein üblich war, sowie daß die Beklagte nie die $^2/_3$ für sich in Anspruch zu nehmen gewagt hat, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß jenes Geding des Ehevertrags dem Manne und seinen Erben $^2/_3$ des Gesammtvermögens zuwenden wollte. Daher ist die Beklagte nicht beschwert, wenn die Theilung demgemäß vorgenommen werden soll.

P.

---

*) Was Stabel, Ehel. Güterrecht S. 12 hierüber sagt, darf wohl auch nicht anders verstanden werden. — Weitere Literatur findet sich: Muncke, zu §. 504 von Zachariä. Annalen VI. S. 117 XIV. S. 250. Oberhofg. Jahrb. 1824 S. 196. — $18^{11}/_{12}$ S. 13. Archiv Bd. I. S. 419. 431.

D. E.

**) Das Geding des Ehevertrags lautete, daß „das gesammte Vermögen der Verlebten auf den Trennungsfall nach Landesbrauch zu $^2/_3$ und $^1/_3$ getheilt werden solle.

D. E.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. **No. 38.**

I.

Von dem Verkaufe von Forderungen und anderen Rechten.

§. 1.

Der Verkauf von Rechten und Klagen, d. h. von unkörperlichen Sachen, ist im Allgemeinen den nämlichen Regeln unterworfen, wie der von körperlichen Sachen; das Gesetzbuch stellt aber einige besondere Regeln auf: 1) für den Verkauf von Forderungen; 2) für den einer Erbschaft; 3) für den von streitigen Rechten.

1. Von dem Verkaufe von Forderungen.

§. 2.

Zwischen Verkäufer und Käufer wird der Verkauf einer Forderung, wie jeder andere Verkauf, durch die blose Einwilligung der Parteien, vollkommen; Dritten gegenüber wird er erst vollkommen und bewirkt die Uebertragung des Eigenthums, durch die feierliche Bekanntmachung dieses Verkaufs an den Schuldner, oder durch die Annahme Seitens des Schuldners in einer öffentlichen Urkunde. Wurden mehrere Verkäufe der nämlichen Forderung am nämlichen Tage und ohne Angabe der Stunde bekannt gemacht oder angenommen, so stehen die verschiedenen Käufer auf der gleichen Stufe, d. h. sie sind, ein Jeder für seinen Theil, Eigenthümer. Bekanntlich macht das Gesetz bei gewissen Forderungen eine Ausnahme von der Förmlichkeit der Kundmachung oder der Annahme: dahin gehören die Wechselbriefe und Handelszettel, die Staatsrenten, die Actien der französischen Bank u. s. w.

§. 3.

Aus dem Grundsatze, daß das Eigenthum der Forderung, Dritten gegenüber, auf den Erwerber nur durch die feierliche Bekanntmachung oder die Annahme des Rechtsgeschäfts übergehe, folgt: 1) daß, so lange der vorgeschriebenen Förmlichkeit nicht nachgekommen ist, immer der Uebertragende, der allein Eigenthümer Dritten gegenüber ist, allein gegen dieselben klagen kann, und wenn man auch dem Cessionar das Recht zugestehen muß, Erhaltungsakte vorzunehmen, so ist das einzig darum, weil solche Akte immer mit günstigem Auge angesehen werden, und beiden Theilen zugleich gestattet werden müssen; 2) daß der Cedent den Schuldner zur Zahlung zwingen kann, ohne daß dieser sich auf die Cession berufen könnte, und daß umgekehrt der Schuldner sich dem Cedenten gegenüber frei machen kann, ohne daß der Cessionar, nach der späteren Erfüllung der Förmlichkeit, die Befreiung anfechten könnte; 3) daß von zwei auf einander folgenden Käufern derselben Forderung, der zweite deren Eigenthümer wird, wenn er zuerst die Kundmachung oder Annahme bewirkte; 4) daß endlich, so lange die Förmlichkeit nicht erfüllt worden ist, die Gläubiger des Verkäufers einen wirksamen Beschlag auf die übertragene Forderung anlegen können. Diese letzte Folge gibt Veranlassung zu einer großen Schwierigkeit.

Jedermann gibt wohl zu, daß die Kundmachung oder Annahme, welche der Cessionar nach dem Beschlage, aber vor der Vertheilung der Gelder erwirkt, ihrerseits einem Beschlage gleichsteht und ihm das Recht gibt, mit den Beschlaglegenden verhältnißmäßig zu theilen. Man anerkennt auch, nach einem Streite, in welchem die Wahrheit endlich gesiegt hat, daß spätere Beschlage dem Cessionar gegenüber wirkungslos sind, daß die Uebertragung diesen gegenüber als Uebertragung und nicht blos als Beschlag gilt. Die Einigkeit verschwindet aber und drei widerstreitende Ansichten, und alle drei unrichtig, erheben sich, wenn es sich darum handelt, die Beziehungen des Cessionars zu den früheren und späteren Beschlaglegenden zu regeln.

§. 4.

Für die Regelung dieser Beziehungen lehren die Einen, daß die Beschlaglegenden, welche der Kundmachung oder der Annahme nachfolgen, kein Recht, weder in Bezug auf frühere Beschlaglegende, noch dem Cessionar gegenüber haben, was aber darum unrichtig ist, weil jeder vor der Vertheilung und zu der Zeit angelegte Beschlag, wo das Geld noch in Gerichtshanden ist, ein Recht auf diese Gelder gibt. — Die zweite Ansicht, wofür sich der Gerichtsgebrauch ausspricht *), gewährt zwar den späteren Beschlaglegenden das Recht mit den früheren zur Theilung zu kommen; gibt aber diesen das Recht wegen der ganzen ihnen so entzogenen Summe auf den Cessionar zu greifen, was darum unzulässig ist, weil man dadurch spätere Beschläge auf den Cessionar zurückwirken macht, welchem gegenüber sie wirkungslos sind. Andere endlich geben den früheren Beschlaglegenden auf den Cessionar einen Rückgriff nur für den Unterschied zwischen der Summe, welche sie in der Theilung erhalten, und derjenigen, welche sie erhalten hätten, wenn der Cessionar selbst nur ein Gläubiger gewesen wäre. — Diese letzte Ansicht kömmt der Wahrheit am Nächsten, erreicht sie aber doch nicht ganz; bald würde sie dem Cessionar zum Nachtheile des letzten Beschlaglegenden, bald diesem zum Nachtheile jenes zu viel geben. Wir müssen uns für die folgende Ansicht entscheiden:

Wenn es im Interesse des Cessionars liegt, als bloser Beschlag legender Gläubiger behandelt zu werden, so theilen Alle, Er wie die Anderen verhältnißmäßig. Wenn es aber in seinem Interesse liegt, als Cessionar behandelt zu werden, dann muß man zweierlei thun: 1) ihm Alles geben, was die Summe übersteigt, für welche Beschlag vor der Kundmachung angelegt war; 2) diese nämliche Summe in der Weise zwischen den früheren und späteren Beschlaglegenden theilen, daß man den Ersteren Alles das gibt, was sie bekommen hätten, wenn der Cessionar selbst nur ein Gläubiger gewesen wäre, und den Letzteren blos den Ueberschuß.

§. 5.

Der Verkauf einer Forderung umfaßt natürlich alle Anhängsel dieser Forderung. So machen die Bürgschaft, das Vorzugs- oder Unterpfandsrecht, welche eine Forderung sicher stellen, das Recht behufs seiner Zahlung Personalverhaft zu erwirken, das die fällig werdenden oder die bereits verfallenen Zinsen zu erheben, Anhängsel dieser Forderung aus, und sind somit in der Cession mit inbegriffen, wenn nichts Anderes vereinbart worden ist. — Und weil demnach jede Cession einer Forderung alle Anhängsel dieser Forderung umfaßt, so muß man zugeben, wie es auch der Gerichtsgebrauch nach einigem Zaudern thut, daß, wenn die Forderung, nach der Form der Akte, in welcher sie constatirt ist, durch ein einfaches Indossament übertragen werden kann, die Vorzugs- und Unterpfandsrechte, welche zu deren Sicherheit dienen, auf die gleiche Weise und zu der gleichen Zeit übergehen.

Das Gleiche ist aber nicht mit allen Rechten der Fall, welche dem Cedenten kraft der Akte zugestanden, aus welcher die Forderung entstanden ist. So könnte der Cessionar der Forderung, welche ich an den Paul aus dem Verkaufe einer Liegenschaft an denselben hatte, nicht wegen unterbliebener Zahlung die Auflösungsklage anstellen; auch könnte er die Aufhebungsklage nicht anstellen, wenn der Preis unter fünf Zwölftheilen des Werths stünde; und nur ihrer Unachtsamkeit ist es zuzuschreiben, wenn Schriftsteller das Gegentheil lehren konnten, indem sie die Cession aller Rechte und Klagen, die mir gegen den Paul zustehen, mit der der Forderung, die ich an ihn habe, verwechseln. Das Recht auf Auflösung des Liegenschaftskaufs zu klagen, und diese Liegenschaft zurückzunehmen, ist in der That kein Anhängsel der Forderung, weil es nur mit dem Aufhören dieser entstehen kann (indem die Auflösungsklage den Verzicht auf das Recht, Zahlung zu verlangen, in sich schließt.) Das Recht, die Auflösung wegen des Spottpreises zu beantragen, hat begreiflicherweise noch viel weniger die Eigenschaft eines Anhängsels der Forderung dieses Preises.

§. 6.

Die Verkäufe von Forderungen haben wie alle anderen die Gewährleistungspflicht des Verkäufers in ihrem Gefolge, und man unterscheidet hierbei auch die gesetzliche oder rechtliche und die vereinbarte oder thatsächliche Gewährleistung. Die rechtliche Gewährleistungspflicht, als welche nicht mit der blosen Erklärung, daß der Verkauf ohne Gewährleistung geschlossen sei, wegfiele (weil dieser Ausdruck hier, nach dem Wort-

*) Der Appellhöfe; denn der oberste Gerichtshof hat die Frage noch nicht abgeurtheilt.

laute des Gesetzes, nur von dem Ausschlusse der thatsächlichen Gewährleistung zu verstehen ist), hat die Existenz der Forderung, deren Rechtsgültigkeit und das Eigenthumsrecht des Cedenten an ihr zum Gegenstande. Der Mangel eines dieser drei Umstände würde den Letzteren zum Rückersatze des Cessionspreises sammt Zinsen, Kosten der Akte, des Prozesses und Schadloshaltung für alle andere Verluste, welche die Cession dem Cessionar verursachen mochte, verbinden.

Die Betheiligten können durch besondere Uebereinkunft die gesetzliche Gewährleistung nicht allein beschränken, sondern sie auch aufheben, wie sie umgekehrt solche auch ausdehnen können. Eine vollständige Erlassung der Gewährleistung tritt nur insofern ein, als die Forderung für zweifelhaft erklärt worden ist, oder der Käufer sie auf eigene Gefahr und Verlust genommen, oder zur Zeit des Kaufs die Entwährungsgefahr gekannt hat. Außerdem bleibt der Verkäufer troz der Gedinge zur Rückgabe des Preises verbunden, und nur bezüglich des Rückersatzes der Nebensachen machen sie ihn frei. — Die Gedinge, welche die Gewährleistungspflicht erweitern, können in drei Klassen gebracht werden. Der Verkäufer kann nemlich gut stehen: 1) blos für die gegenwärtige Zahlungsfähigkeit des Schuldners; 2) für dessen gegenwärtige und künftige Zahlungsfähigkeit; 3) endlich dafür, daß er selbst Zahlung leiste, entweder auf einen blosen Zahlbefehl, oder sogar ohne einen solchen zur Verfallzeit, wodurch der Cessionar der Mühe enthoben wird, auf den Schuldner, die Bürgen oder die Unterpfänder zu greifen. Von selbst versteht sich, daß man sich an die engste Bedeutung halten muß, wenn Zweifel über die Tragweite eines ausdehnenden Gedings entsteht; zugeben muß man aber, daß die einfache Erklärung, der Verkauf sei mit Gewährleistung geschlossen worden, von der thatsächlichen Gewährleistung verstanden werden muß und somit hinreicht um sie einzuführen (blos im ersten Grade).

Offenbar ist man zur thatsächlichen Gewährleistung des ersten, wie des zweiten Grades nicht mehr gehalten, wenn die Forderung oder deren Sicherheiten durch die That des Cessionars oder dessen blose Nachlässigkeit zu Grunde gingen. Allerdings lehrte Pothier (dessen Ansicht von einem neueren Schriftsteller wieder aufgestellt worden ist), in seiner Abhandlung Des obligations, für den Fall der blosen Nachlässigkeit das Gegentheil, gestützt auf die älteren römischen Gesetze; es war das aber ein um so augenfälligerer Irrthum, als der durch diese Gesetze eingerichtete Stand der Dinge später durch das römische Recht selbst geändert worden ist, ein Irrthum von dem sich Pothier selbst in seiner Abhandlung De la vente lossagt, und der mit Recht von allen anderen Schriftstellern verworfen wird. — Die Gewährleistung des dritten Grades fällt offenbar durch die That des Cessionars ebenfalls hinweg; würde sie aber auch wegen der blosen Nachlässigkeit hinwegfallen? Eine gewichtige Stimme verneint dies; man muß aber anstatt dieser absoluten Lösung wahrscheinlich eine Unterscheidung machen. Wenn der Cedent, beim Verkaufe der Forderung, deren Titel behalten hat, dann ist die Antwort richtig; wenn er aber diese Titel dem Cessionar übergeben hat, so liegt darin doch die Absicht, diesem zu überlassen die nützlich scheinenden Maßregeln zu ergreifen, und er hat mithin die Folgen aus deren Unterlassung selbst zu tragen.

II. Von dem Verkaufe einer Erbschaft.

§. 7.

Der Verkauf einer Erbschaft (oder der Rechte an einem Nachlaß, des Erbrechts), ist eben die Cession eines Rechtes, eines nomen juris, einer unkörperlichen Sache; und deren kann man sechs Artikel zählen. Es kann hiebei vorkommen: 1) ein Verkauf des (bestimmten) Rechtes, welches der Cedent an einem Nachlasse zu haben vorgibt; 2) der Verkauf eines einfachen Anspruchs an diese Verlassenschaft, der als solcher cedirt wird; 3) der Verkauf des (als ein bestimmtes bezeichneten) Rechts, mit Angabe des Bestands oder des Betrags der Erbschaft; 4) 5) und 6) der Verkauf (in jedem der drei obigen Fälle) des Activvermögens des Nachlasses allein, während die Schulden auf Rechnung des Verkäufers bleiben sollen. — Das Gesetzbuch befaßt sich nur mit dem ersten dieser sechs Fälle, aber die Regeln, die es dafür aufstellt, weisen uns, als eine Art von allgemeinen Prinzipien, deutlich genug auf die hin, welche wir in den anderen Fällen zu befolgen haben.

Wer (unbedingt und ohne Zusatz oder Einschränkung) seine Erbrechte, active wie passive, verkauft, gewährt rechtlich (und vorbehaltlich der umfassenderen thatsächlichen Gewährleistung) nur für das wirksame Dasein seines Erbtitels und für seine persönlichen Handlungen. Diese Gewährleistung faßt das Versprechen folgender vier Dinge in sich: 1) daß die fragliche Erbschaft wirklich

eröffnet ist; 2) daß der Verkäufer dazu berufen ist, entweder für das Ganze oder für den Theil, welchen er angibt; 3) daß er weder verzichtet, noch unwürdig, noch ganz oder zum Theile durch ein Erbvermächtniß davon ausgeschlossen ist; 4) daß er Nichts unternimmt, was das Recht, welches er überträgt, mindern oder stören könnte. — Im Falle einer Entwährung haftet der Verkäufer: für den Ersatz des Preises, der Vertragskosten, der etwaigen Prozeßkosten, endlich für Entschädigung, wenn solche stattfindet. Wir sprechen von dem Ersatze des Preises ohne zu unterscheiden, ob die Beraubung des Käufers daher kommt, daß die Erbschaft gar nicht existirte, oder nur daher, daß sie einem Anderen als dem Verkäufer gehörte. Allerdings gibt es Schriftsteller, die in Anwendung des römischen Rechts, zwischen den beiden Fällen einen Unterschied machen und meinen im zweiten bestehe der Gegenstand des Ersatzes, anstatt im Kaufpreise, im Werthe der Erbschaft (ein Werth der vom Preise sehr verschieden sein kann, namentlich wenn die Entwährung erst lange nach dem Verkaufe eintritt), diese Unterscheidung ist aber unzulässig und die römische Regel unanwendbar, weil die früheren Grundsätze über den Verkauf einer fremden Sache durch den Code geändert worden sind und der Verkauf einer Erbschaft, die dem Verkäufer nicht gehört (welcher ehemals gültig war) heut zu Tage eben so nichtig ist, wie der einer Erbschaft, die gar nicht existirt.

§. 8.

Weil der Verkäufer, ohne strenggenommen seinen Erbtitel hierbei zu übertragen (was nicht möglich ist), doch alle die pecuniären, active wie passive, Rechte, die mit diesem Titel verknüpft sind, überträgt, so muß der Käufer also (in Ermangelung eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalts in dieser Beziehung) jeden Vortheil der Erbschaft ziehen, wie er auch (abgesehen von dem Vorbehalte) alle Schulden und Lasten der Erbschaft zu tragen hat.

Auf der einen Seite gehört ihm jeder Vortheil; und mithin hätte er auch ein Recht, was auch ein gewisser Schriftsteller dagegen sagen mag, auf den Werth der vom Erben verschenkten Erbschaftssachen. Dagegen kann man nicht geltend machen, der Erbe ziehe hier keinen Vortheil aus der Veräußerung; denn abgesehen davon, daß er einen moralischen und pecuniären Vortheil zieht, der an dem Titel eines Schenkgebers haftet, liegt hierin die Frage gar nicht; es handelt sich vielmehr darum, daß die geschenkten Sachen einen Theil der activen Erbmasse ausmachen, und daß diese Activmasse dem Käufer gehört. Man kann in diesem Falle allerdings leicht einen stillschweigenden Vorbehalt finden; aber dieser Vorbehalt muß da sein. — Ebenso, wenn der Erbe, vor Eröffnung der Erbschaft Schuldner des Verstorbenen war, oder zum Vortheile eines Guts desselben auf einer seiner Liegenschaften eine Dienstbarkeit ruhen hatte, würde die Schuld oder die Dienstbarkeit zu Gunsten des Käufers wieder aufleben. —

Nach dem so einfachen Oben aufgestellten Grundsatze würde dem Verkäufer der Theil der Erbschaft gehören, welcher dem Verkäufer in der Folge durch Zuwachs anerfällt. Das liegt auf der Hand, trotz des unabsehbaren Streits der älteren Lehrer über diesen Punkt, weil der Zuwachs nur eine Entwickelung und ein Theil des Erbrechts ist. Wenn allerdings der Erbe nur den Theil verkauft hat, den er zur Zeit inne hatte, oder inne zu haben glaubte, und die Möglichkeit eines Zuwachses ausnahm, dann gehört dieser Zuwachs ihm; er könnte ihm aber nicht gehören, wenn weder Beschränkung noch Vorbehalt da wäre. — Eine einzige Klasse von Dingen wird gleichsam als durch ihre Natur, und sofern nicht eine entgegengesetzte Absicht sich offenbart, für vorbehalten angesehen. Es sind die, welche einen großen moralischen Werth für den Erben haben, ohne dem Käufer irgend eine pecuniäre Bedeutung zu bieten, als: Familienpapiere, Adelsbriefe ꝛc. ꝛc.

Auf der andern Seite hat der Käufer die ganze Passivmasse zu tragen. Er muß dem Erben also für die Begräbnißkosten, Erbschaftsaccise und alle anderen Erbschaftslasten, die derselbe etwa gedeckt hat, einstehen; und die Cession läßt für diesen Erben die Forderungen oder Dienstbarkeiten, welche er etwa auf den Gütern des Erblassers hatte, wieder aufleben. Hat der Käufer aber den Verkäufer auch für die Summen zu entschädigen, welche dieser in der Meinung bezahlt hat, die Erbschaft sei sie schuldig, während dies nicht der Fall war? Sicherlich nein, und mit Recht wurde die bejahende Antwort, welche ein Autor hier gibt, von allen Anderen verworfen. Zwar haftet der Erbe nicht für Verwaltungsfehler, die er begangen hat, während er Herr der Güter war (er steht nur für seine Gefährde), aber daraus daß der Käufer hier nicht auf Entschädigung gegen den Erben klagen kann, kann man gewiß keinen Grund da-

für ableiten, daß dieser je gegen jenen klagen könne: sich auf sein eigenes Verschulden zu stützen, um Entschädigung zu verlangen, das wäre doch zu stark.

§. 9.

Wir haben noch drei wichtige Bemerkungen zu machen:

1) Nur unter den Vertragspersonen befreit der Verkauf einer Erbschaft den Erben von der Zahlung der Schulden und den Erbschaftsgläubigern bleibt es frei ihn wie vor dem Verkaufe zu belangen. Sie können zwar auch auf den Käufer greifen, dies geschieht aber nur jure debitoris, im Namen des Erben und mit Anstellung der Klage, welche der Vertrag diesem gibt. Die Erbschaftsschuldner können von dem Augenblicke an direct vom Käufer belangt werden, wo die feierliche Bekanntmachung oder Annahme der Cession eingetreten ist.

2) Der Erbberechtigte, welcher, bevor er sich über die Annahme der Erbschaft ausgesprochen hat, solche ohne Weiteres verkauft, nimmt damit die Handlung eines Erben vor, welche für ihn und seinen Erwerber die Folgen einer unbedingten Annahme nach sich zieht; jedoch steht es den Betheiligten frei im Vertrage zu erklären, daß sie nur mit dem Vorbehalte, sich noch der Vorsicht des Erbverzeichnisses zu bedienen, handeln. Hatte der Erbe schon vor dem Verkaufe seine vorsichtsweise Annahme erklärt, so würde der Verkauf für sich allein noch nicht den Verlust dieser Wohlthat herbeiführen, und es wäre nicht unumgänglich nothwendig (obgleich vorsichtiger), sich in dieser Beziehung auszusprechen.

3) Wir haben endlich zu bemerken, daß, troß der entgegengesetzten Ansicht eines Beschlusses der Requetenkammer (arrêt des requêtes) der Verkauf einer Erbschaft keineswegs bekannt gemacht, oder angenommen zu werden braucht, um gegen Dritte wirksam zu sein. Allerdings, wenn die verkaufte Erbschaft Forderungen enthält, ist die Bekanntmachung an die Schuldner oder die Annahme durch dieselben zur Uebertragung des Eigenthums dieser Forderungen Dritten gegenüber nothwendig; wenn aber die Akte hiernach als Verkauf von Forderungen bekannt gemacht oder angenommen werden muß, so ist das für sie als Verkauf einer Erbschaft durchaus nicht erforderlich. Dies ist um so einleuchtender und der Irrthum der Requetenkammer (der übrigens von der chambre civile wie von allen Autoren widerlegt wird) um so gewisser, als der Schuldner, an den bekannt gemacht, oder durch den angenommen werden sollte, hier ja gar nicht existirt. Mit Unrecht würde man ihn in dem Miterben des Verkäufers sehen (weil zwei Miterben oder andere Miteigenthümer von Liegenschaften gewiß nicht Schuldner und Gläubiger sind); und auf der anderen Seite, geschieht der Verkauf einer Erbschaft eben so gut durch einen einzigen Erben, als durch einen von mehreren Erben.

III. Von dem Verkaufe streitiger Rechte.

§. 10.

Die Käufer von Prozessen wurden immer mit schiefen Augen angesehen; und unser Gesetzbuch stellt nur einen Grundsatz wieder auf, der im früheren Rechte Roms galt, wo es dem, gegen welchen ein streitiges Recht cedirt wurde, gestattet war, sich davon, durch den Ersatz des Kaufpreises an den Cessionar sammt Zinsen und Kosten, frei zu machen.

Indem das Gesetzbuch hier den früheren Gerichtsgebrauch des Pariser Parlaments bestätigt und in einer Verfügung, die darauf abzielt einen Prozeß zu beseitigen, keiner Prüfung Raum geben will, die selbst ein Prozeß wäre, bestimmt es die Eigenschaft der Rechte nach der einfachen Thatsache und will sie für streitige oder nicht streitige angesehen wissen, je nach dem sie im Augenblicke des Kaufabschlusses Gegenstand eines Prozesses sind oder nicht. Ferner muß dieser Prozeß die Grundlage, die Existenz des Rechtes betreffen.

Zunächst muß ein Prozeß vorliegen; es würde also weder an einer Ladung zum Vergleichsversuche genügen, weil das nur ein Akt ist, der einen Prozeß verhindern will, noch an dem Protokolle über das Fehlschlagen des Vergleichs, weil hier nur ein Prozeß innesteht und nicht schon besteht. In gesetzlichem Sinne ist es ebensowenig ein Prozeß, wenn der Beklagte die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache vorschützte und damit durchdrang, weil dadurch entschieden wird, daß der Rechtsstreit unzulässig war. Dagegen liegt ein Prozeß nicht allein dann vor, wenn der Streit nach seiner Beendigung in erster Instanz, in appellatorio von Neuem angeht, sondern auch, wenn nach der zweimaligen Entscheidung in der ersten und zweiten Stufe, die Parteien ihren Gerichtsstand vor dem Cassationshofe haben; denn der Umstand, daß das, im Falle der Cassation, neu zu gebende Urtheil nicht von diesem Gerichtshofe, sondern von dem Gerichte, an das er es verweisen wird, zu ertheilen ist, steht dem nicht im Wege, daß nicht wirklich ein Streit vorliegt, der die Dinge in Frage stellt, d. h. ein Rechtsstreit.

Zweitens muß der Prozeß die Grundlage des Rechts betreffen, d. h. die Frage dieses Rechtsstreites muß gerade in der Existenz des Rechts liegen. Wenn z. B. der Beklagte behauptet, das Recht sei verjährt oder es sei nicht zu Stande gekommen, weil die und die Förmlichkeit nicht eingehalten worden sei, so ist trotz dem Umstande, daß es sich um Verjährung oder Formen handelt (d. h. um etwas, das man von der Grundlage unterscheidet), doch ein Prozeß über die Grundlage des Rechts vorhanden, weil die Frage die ist, ob dieses Recht existirt. Wenn dagegen eine einfache Nichtigkeit der Vorladung der Klage entgegengehalten wird, die hart am Ablaufe der Verjährungszeit angestellt wurde, so ist trotz dem Thatumstande, daß die Umstoßung der Vorladung in ihrem Rückschlag die Erlöschung des Rechts nach sich zieht, der Prozeß doch der Grundlage des Rechts fremd, weil sich die Frage nicht um die Existenz des Rechts, sondern nur um die Rechtsgültigkeit des gegenwärtigen Verfahrens dreht.

§. 11.

Wer den Verkauf vornehmen will, muß dem Cessionar den wahren Cessionspreis zahlen, nebst den Zinsen dieses Preises, den redlichen Kosten des Vertrags und den Ausgaben, die er im Prozesse bis zur Verkaufsklage gehabt hat. Der wahre Preis muß gezahlt werden, und wenn daher der Schuldner den Beweis liefert, daß der behauptete Preis erlogen ist, und daß nur eine geringere Summe bezahlt wurde, dann hätte er diese zu ersetzen. Von ihr hätte er auch die Zinsen zu bezahlen, und nur nach ihr würde der Betrag der Gebühren bei dem Eigenthumswechsel, die er zu ersetzen hat, berechnet. Allerdings kann der Käufer dabei einen bedeutenden Verlust erleiden; aber dieses Resultat ist ebenso wünschenswerth als gesetzmäßig, weil das keine redlichen Kosten mehr sind, und es ganz recht ist, wenn der Verlust der, um einen Betrug zu üben, bezahlten Summen auf den Betrüger und nicht auf den Betrogenen zurückfällt. — Im Falle eines Tausches ersetzt man den Schätzungswerth des vom Erwerber übergebenen Guts.

Die Regel des Verkaufs findet auf unbewegliche wie auf bewegliche Rechte ihre Anwendung, und einerlei ob die Akte das und das Recht, oder das und das Gut, auf welches sich dieses Recht bezieht, als verkauft oder vertauscht aufführt. Man hat immer angenommen, daß die Regel für alle Klagen und streitigen Sachen gelte; und daraus daß der Gesetzestext das Wort Sachen dem Worte Rechte hinzufügt, folgt deutlich, wie auch der Gerichtsgebrauch und die Doctrin, nach einigem Zaudern, zugeben, daß es sich um die Cession aller Klagen, aller Prozesse handelt.

Der einzige Fall, auf den sich die Regel nicht ausdehnt ist der, wo das streitige Recht durch Schenkung erworben wurde. Die Gerichte haben hierbei nur darauf zu sehen, ob nicht unter der angeblichen Schenkung ein Verkauf verborgen sei, und ob das, was die Akte als einfache Auflagen einer Freigebigkeit hinstellt, nicht die Zahlung eines wohlfeilen Kaufpreises ist, wie es häufig in dieser Lehre vorkommt.

Der Vorkauf kann so lange geltend gemacht werden, als ein Prozeß da ist, aber nicht mehr, wenn der Prozeß zu Ende ist, weil das Recht alsdann aufgehört hat, ein streitiges zu sein. Das ist die Regel; da aber jede Regel bei einer Gefährde wegfällt, so hat man mit Recht einer Seits zugegeben, daß der Vorkauf, selbst vor gegebener Entscheidung, verweigert werden muß, wenn der Schuldner zuerst bis an's Ende gerechtet hat und ihn dann nur verlangt, um einer ihm jetzt gewissen Verurtheilung zu entgehen; und daß er auf der anderen Seite auch nach Beendigung des Prozesses verwilligt werden muß, wenn der Cessionar die Cession geheim gehalten hat, indem er sich für den blosen Mandaten des Cedenten ausgab.

§. 12.

Die Befugniß des Vorkaufs bei einem streitigen Rechte erleidet in drei Fällen eine Ausnahme: 1) wenn der Cedent und der Cessionar zwei Miteigenthümer des cedirten Rechtes sind: da der Gesetzestext von dieser Miteigenthümereigenschaft nur bezüglich des Cessionars spricht, so hat ein Autor die Nothwendigkeit der gleichen Eigenschaft bezüglich des Cedenten in Zweifel gezogen; aber abgesehen davon, daß dieselbe sich sowohl aus dem Geiste des Gesetzes als der Tradition sich deutlich ergibt, geht sie auch aus dem Wortlaute selbst hervor, weil ein Mehreren gemeinschaftliches Recht nur von einem der Mitgemeiner cedirt werden kann, so daß, wenn man diese Eigenschaft bei dem Cessionar fordert, man auch verlangt, daß sie bei beiden Theilen bestehe; 2) wenn die Cession an einen Gläubiger von seinem Schuldner zur Zahlung dessen geschieht, was der Erstere zu fordern

hat; 3) endlich, wenn sie an den Besitzer eines Guts geschieht, auf welchem das cedirte Recht haftet.

Wir haben noch einen anderen Fall, der, ohne eine Ausnahme von der Regel zu sein, deren Anwendung doch nicht zuläßt. Er ist da vorhanden, wo ein streitiges Recht als bloses Anhängsel eines Kaufobjects cedirt wird; z. B. ein streitiges Recht, das einen Theil der Erbschaft ausmacht, die ich Dir verkaufe. Der Geist der vorliegenden Verfügung veranlaßt uns da zu sagen, daß die Nebensache in der Hauptsache aufgehe, und daß hier nur der Verkauf einer Erbschaft, und nicht der Verkauf eines streitigen Rechts vorliege. Da in diesem Falle kein Verkauf streitiger Rechte enthalten ist, so ist er in der Regel nicht inbegriffen und braucht also nicht davon ausgenommen zu werden.

Adrian Pfaff.

II.

Die Vorschrift in §. 278 Pr.O. bezieht sich nicht auf bedingte, von einer ungewissen Begebenheit abhängige Verbindlichkeiten, sondern nur auf dingliche, oder solche persönliche, aus Verträgen entspringende Verbindlichkeiten, deren Wirksamkeit — der Zeit nach — noch nicht eingetreten, von welchen aber gewiß ist, daß der Zeitpunkt ihrer Wirksamkeit dereinst eintreten werde.

In Sachen der Gräfin Henriette von Bismarck geb. Wynn gegen den Generallieutnant Grafen Friedrich Wilhelm von Bismarck, Aussetzung eines Wittums betr., ist in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen gesagt:

Das Begehren der vorliegenden Klage ist dahin gerichtet, den Beklagten für schuldig zu erklären, der Klägerin ein Wittum von 3000 fl. auszusetzen, solches auf ein Fideicommiß zu radiciren, oder aber Gewähr und Sicherheit dafür zu leisten und dafür zu stellen.

Nach der Natur des vorliegenden Anspruchs, nach Inhalt der Klage und deren Beweisurkunden ist die Erfüllung der Verbindlichkeit des Beklagten eine bedingte, von der ungewissen Begebenheit abhängig, daß die Klägerin ihren noch lebenden Ehemann überleben werde.

Solche Verbindlichkeiten können nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen vor Eintritt der Bedingung nicht wirksam und klagbar werden, weil eine Rechtsverletzung in Beziehung auf solche vor Eintritt der ungewissen Begebenheit nicht denkbar ist. (Vrgl. L.R.S. 2257.)

Diese Regel hat die inländische Prozeßgesetzgebung (Pr.O. §. 278) dahin beschränkt, daß auch auf Anerkennung von Rechtsverhältnissen und der daraus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten — ohne die Voraussetzung einer bereits stattgehabten Rechtsverletzung — geklagt werden kann, wenn der Beklagte ausdrücklich oder stillschweigend einwilligt oder der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Entscheidung hat.

Als Ausnahmsgesetz muß diese Vorschrift strenge ausgelegt und angewendet, und darf keinenfalls gegen die Absicht des Gesetzgebers ausgedehnt werden.

Aus der Geschichte der Entstehung des Gesetzes ergibt sich, daß dasselbe sich nur auf dingliche, oder solche persönliche, aus Verträgen entspringende Verbindlichkeiten beziehen sollte, deren Wirksamkeit — der Zeit nach — noch nicht eingetreten, von welchen aber gewiß ist, daß der Zeitpunkt ihrer Wirksamkeit dereinst eintreten werde.

Bei solchen Verbindlichkeiten wurde unter besondern Umständen, wie bei Streitigkeiten über die Dauer eines Rechtsverhältnisses, oder bei wiederkehrenden Leistungen ein rechtliches Interesse des Klägers an der alsbaldigen Entscheidung der Sache unterstellt, und deßhalb eine sofortige Klage zugelassen.

(Vrgl. die Verhandlungen der zweiten Kammer der Stände zum Gesetzentwurfe über das Verfahren bei den Amtsgerichten vom 26. Oktober 1848 sowie über die Abänderung der bürgerlichen Prozeßordnung vom 15. März 1850.)

Hiernach findet eine Klage auf Anerkennung bedingter Verbindlichkeiten vor Erfüllung der Bedingung überhaupt nicht statt, weil deren Wirksamkeit bis dahin völlig ungewiß bleibt, und es kann ein rechtliches Interesse des klagenden Theils an der alsbaldigen Entscheidung in dem Umstande nicht gefunden werden, daß der Beklagte die eingeklagte Verbindlichkeit bestreitet, beziehungsweise die desfallsige Zusage widerrufen hat, weil damit die rechtliche Lage der Kläger überall nicht verändert wird.

Ebensowenig kann dieses Interesse darin bestehen, daß der Beklagte durch die Entscheidung zu der fideikommissarischen oder anderweiten Sicherung des Wittums vermocht werden soll, weil der Beklagte zu einer solchen Verfügung nach der obigen Ausführung überhaupt nicht angehalten werden kann.

Aus diesen Gründen ist der Beklagte durch das hofgerichtliche Urtheil insofern beschwert, als derselbe zur Anerkennung der in dem Heirathsvertrage seines Adoptivsohnes vom 30. Mai 1847 und in der Schenkungsurkunde vom gleichen Tage eingegangenen Verbindlichkeiten für schuldig erklärt worden ist. Hgr.

III.

Beschwerdesumme.

Zur Auslegung des §. 1192 der Pr.O.

In Bezug auf die Berechnung der Beschwerdesumme steht die Adhäsion der Appellation ganz gleich.

Morstadt gegen Fuchs.

Das unterrichterliche Urtheil, durch welches der Beklagte zur Zahlung von 514 fl. 48 kr. nebst Verzugszinsen vom Tage der Klagzustellung für schuldig erkannt war, wurde in 2. Instanz dahin abgeändert, daß der Beklagte nur 88 fl. 56 kr. nebst Zinsen vom Klagzustellungstage an den Kläger zu zahlen habe.

Hiergegen ergriffen die Kläger die Oberberufung und bemerkten, daß die nach §. 1192 der Pr.O. erforderliche Summe als vorhanden angenommen werden müsse, weil, obgleich die Hauptforderung nur noch 425 fl. 51 kr. betrage, die Kläger wegen der geforderten Zinsen in 2. Instanz adhärirt hätten, indem sie dieselben vom 13. Februar 1846, beziehungsweise vom 13. Mai 1846 an, in Anspruch nehmen. Mit Hinzurechnung dieser Zinsen überschreite die Beschwerdesumme den Betrag von 500 fl.

Durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 3. Juli l. J. wurde jedoch das eingeführte Rechtsmittel als unstatthaft verworfen.

Gründe:

Die Beschwerden der Kläger Oberappellanten gegen das hofgerichtliche Urtheil bestehen darin:

1) daß ihnen der Richter zweiter Instanz statt der vom Amte ihnen zugesprochenen 514 fl. 48 kr. nur 88 fl. 56 kr. zuerkannt und sie mit den übrigen 425 fl. 52 kr. abgewiesen hat;
2) daß sie das großh. Hofgericht, in Uebereinstimmung mit dem Amte, mit den weiter geforderten Zinsen aus 514 fl. 48 kr. vom 13. Februar, beziehungsweise vom 13. Mai 1846 abgewiesen hat.

Da nun die den Gegenstand der ersten Beschwerde bildenden 425 fl. 52 kr. nebst Zinsen vom Kaufschillingstage an die Oberappellationssumme nicht erreichen, so fragt es sich, ob diese Summe durch Hinzurechnung der den Gegenstand der zweiten Beschwerde bildenden Zinsen ergänzt werden darf.

Diese Frage muß verneint werden. Denn in Bezug auf diese Zinsen sind die Kläger von den Richtern der beiden vordern Instanzen abgewiesen worden. Es oberappellirt daher in Hinsicht auf diesen Punkt dieselbe Partei gegen denselben Theil des amtlichen Urtheils, gegen welchen sie appellirt hatte. Denn der Umstand, daß sie in zweiter Instanz ihre Beschwerde im Wege der Adhäsion aufgestellt hat, kann sie offenbar in keine günstigere Lage setzen, als wenn sie es im Wege selbstständiger Appellation gethan hätten.

Es haben mithin nur bezüglich einer Summe von 425 fl. 52 kr. verschiedene Parteien appellirt, resp. oberappellirt, während hinsichtlich der Zinsen dieselbe Partei Appellant und Oberappellant ist, so daß diese Zinsen bei der Oberappellationssumme nicht in Betracht kommen können, hinsichtlich ihrer vielmehr die Summe von 1000 fl. erforderlich wäre.

A. d. Gr. 2c. D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. **No. 39.**

I.

Ueber die neuere Gesetzgebung in Baiern.

Auch Baiern hat sich in neuerer Zeit der Anzahl deutscher Staaten angeschlossen, welche, wie Preußen, Hannover, Oesterreich, und einige der kleinsten Staaten, eine soviel als möglich durchgreifende Reform des Justizwesens als Bedürfniß unserer Zeit anerkannt, und eine Umgestaltung des Civil- und Strafverfahrens, sowie der Gerichtsverfassung als nothwendiges Erforderniß eines wohlgeordneten Staates erachtet haben.

Bis zum Jahr 1848 bestanden als Gerichte erster Instanz in Altbaiern neben zahlreichen Patrimonial- oder Herrschaftsgerichten verschiedener Classen, eine sehr bedeutende Anzahl von Landgerichten, welche im ersten Jahrzehent dieses Jahrhunderts organisirt und zwar in einer solchen Art eingerichtet waren, daß deren Organisation allerdings vieles zu wünschen übrig ließ.

Diese Gerichte, welche theils collegialisch, theils als Einzelrichter ihre Funktionen ausübten, hatten alle Civil- und Untersuchungsgeschäfte, die Administration und Polizei, das Depositen- und Hypothekenwesen, die Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die Führung der Grundbücher, sowie das gesammte Rechnungswesen (früher auch die Führung der Amtskassen) zu besorgen, und waren demzufolge mit einer solchen Masse der verschiedenartigsten Geschäfte dergestalt überladen, daß seit jeher die Klage über verzögerte und ungenügende Justiz allenthalben vernommen wurde *), und auch gewiß nur zu wohl begründet war.

Neben diesen Landgerichten bestanden bisher in den achtzehn größern Städten sogenannte Kreis- und Stadtgerichte, deren Zahl jetzt auf einundzwanzig erhöht ist.

Diese hatten (weil an ihrem Gerichtssitze die Verwaltung und Polizei dem Stadtmagistrat übertragen war), lediglich mit Justizgeschäften und mit den übrigen, oben genannten Nebenfunktionen sich zu befassen. Sie traten auf als Untersuchungsgerichte, und entschieden als Collegialgerichte die sämmtlichen Civilstreitigkeiten der Stadt, an welchem sich ihr Gericht befand, und die Prozesse der Personen befreiten Gerichtsstandes in einem bestimmten Umkreise.

Die sieben Appellationsgerichte bildeten die Berufungsinstanz in Civilsachen, und urtheilten über alle Vergehen und Verbrechen als Gerichte erster Instanz. Dritte Instanz in bürgerlichen Streitigkeiten war (in sieben Senaten) das Oberappellationsgericht, welches auch die strafrechtlichen Rekurse als zweite Instanz zu erledigen hatte.

In elf Städten bestanden und bestehen noch sogenannte Wechsel- und Merkantilgerichte, collegialisch organisirt, mit Beisitzern aus dem Handelsstande, ebenso mehrere Handelsappellationsgerichte. (Ueber das Verfahren bei denselben hat ein besonderes Gesetz vom Jahr 1856, welches die frühere Merkantilgerichtsordnung abändert, mancherlei Vorschriften erlassen).

Das Jahr 1848 vernichtete die Patrimonialgerichte, die theilweise sehr unpopulär geworden waren, und bei denen sich Mancherlei, namentlich das Gefängnißwesen noch in sehr patriarchalischem Zustande befunden zu haben scheint.

Die hauptsächlichste Reform geschah aber durch das Gesetz vom 10. November 1848, welches in 375 Artikeln die alte Prozeßordnung (den zweiten Theil des Strafgesetzbuchs vom Jahre 1813) auf so durchgreifende Art abänderte, daß nunmehr an die Stelle der früheren geheimen

*) E. v. Feuerbach über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege I. p. 348. 352. II. p. 23 ff.

Strafjustiz ein vollständig öffentliches und mündliches Verfahren getreten ist.

Die Urtheilsfällung durch die Appellationsgerichte ohne mündliche Verhandlung wurde dadurch aufgehoben.

Die Voruntersuchung verblieb den Gerichten, die früher zur Führung der Generaluntersuchung competent waren, bei den Kreis- und Stadtgerichten wurden eigene Untersuchungsrichter aufgestellt. (Art. 1. 2.)

Die Aburtheilung aller Verbrechen und Vergehen, die nicht zur schwurgerichtlichen Competenz sich eigneten, wurde den Kreis- und Stadtgerichten übertragen, welche über alle Vergehen in Senaten von drei, über Verbrechen aber in Senaten von fünf Mitgliedern nach vorgängiger vollständiger mündlicher Verhandlung in öffentlicher Sitzung zu erkennen haben. (Art. 6. 10. 12.)

Der Art. 19 bestellt an jedes derartige Collegialgericht den lediglich mit dieser Funktion betrauten Staatsanwalt, welcher über alle anhängigen Untersuchungen monatliche Berichte erhält, und welcher jede Untersuchungshandlung beantragen kann, zugleich allen Sitzungen anzuwohnen, und in den öffentlichen Verhandlungen als Ankläger aufzutreten hat. (Art. 26.)

Die Berufung geht an das Appellationsgericht, welches seine Erkenntnisse nach vorhergegangener mündlicher Verhandlung und Berichterstattung bei Verbrechen in Senaten von sieben, bei Vergehen in Senaten von fünf Mitgliedern erläßt. (Art. 11. 12.)

Die Anklagekammer wird aus Mitgliedern des Appellationsgerichtes gebildet, der Schwurgerichtshof hält seine Sitzungen in der Kreishauptstadt, so lange nichts anderes bestimmt ist. (Art. 16.)

Der Art. 15 bestellt einen Senat des Oberappellationsgerichts als Cassationshof, welcher, wenn es sich um Todes-, Ketten- oder Zuchthausstrafe handelt, aus neun, in andern Fällen aus sieben Mitgliedern zusammen gesetzt ist.

Die vollständigen Prozedurvorschriften hier darzustellen, würde natürlich zu weit führen.

Dadurch war also der bedeutende Schritt geschehen, daß nach Einführung dieses Gesetzes in Vergehens- und Verbrechensfällen geheimes Verfahren ohne genügende Vertheidigung nicht mehr vorkam, so wie auch in Baiern die sehr bedenkliche Einrichtung, daß überhaupt neben den Collegialgerichten noch in Vergehenssachen Einzelrichter eine bedeutende Strafcompetenz besitzen, gar nicht bekannt ist.

Mit der neuen Einrichtung waren natürlich auch manche Uebelstände verbunden.

Bei der geringen Anzahl der Kreis- und Stadtgerichte wurden deren Gerichtssprengel außerordentlich groß, so daß Angeschuldigte, Beschädigte und Zeugen oft einen sehr bedeutenden Weg zurücklegen müssen, um an den Gerichtssitz zu gelangen. So hat z. B. der Kreis Oberfranken auf 127 Q.M. und mit 500,000 Einwohnern nur zwei solcher Gerichte (zu Bamberg und Baireuth), ebenso die Oberpfalz (zu Amberg und Regensburg), sowie im Kreise Oberbaiern (313 Q.M. mit 700,000 Einwohnern) sich neben den beiden Kreis- und Stadtgerichten zu München nur noch zwei weitere solche Tribunale befinden.

Trotz dieses Mißstandes erfreut sich die neue Einrichtung des allgemeinsten Beifalls, und bei den großen Vorzügen des Gesetzes werden solche, verhältnißmäßig unbedeutende Schattenseiten gerne übersehen. *)

Die Sitzungen mußten bisher in zuweilen sehr wenig glänzenden, provisorischen Lokalen abgehalten werden, was übrigens der Würde der Verhandlung nicht den mindesten Eintrag gethan hat.

Das Personal der Stadt- und Kreisgerichte mußte natürlich sehr bedeutend verstärkt werden, wodurch freilich große Geldopfer nicht vermieden werden konnten, allein die Vermehrung der Kosten kann nicht in Betracht kommen, wenn auf der anderen Seite erwogen wird, daß durch das neue Verfahren nicht allein die Würde der Justiz erhöht wurde, sondern auch die Achtung vor dem Gesetze eine ganz andere geworden war, als dies nach dem früheren geheimen Verfahren der Fall sein konnte.

Das Gerichtsorganisationsgesetz vom 25. Juli 1850 hatte Bezirksgerichte (mit Competenz von 100 Gulden an) Trennung der Justiz und Verwaltung, Aufstellung besonderer Beamten für die freiwillige Gerichtsbarkeit, gemischte

*) Anfänglich hatte das öffentliche Verfahren in Strafsachen in Baiern viele Gegner, und es fehlte nicht an Patrioten, welche die, der französischen Gesetzgebung nachgebildete Prozedur als fremdländisch, den heimischen Gewohnheiten entgegen und nicht aus dem inländischen römisch-canonischen Rechte entsprungen, mithin gefahrbringend darzustellen sich bemühten, allein man ist hierin bald anderer Ueberzeugung geworden, Richter und Anwälte haben den Geist dieser Gesetzgebung rasch begriffen, und der Einsender dieses hatte wiederholt Gelegenheit aus den baierischen Strafgerichtsverhandlungen erster und zweiter Instanz wahrzunehmen, daß die dortigen Rechtsgelehrten an Geschäftsgewandtheit den linksrheinischen Richtern und Anwälten durchaus nicht nachstehen.

Handelsgerichte, und ein Oberlandesgericht als Cassationshof, im Plane,

Art. 11. 7. 39. 38.

und bezweckte die ganze Justiz- und Verwaltungsorganisation auf zeitgemäße Grundlage zu stellen, und zwar sollten (schon nach einem frühern Projecte vom 4. Juni 1848) ausschließlich die Grundsätze der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit hiebei als Richtschnur dienen.

Bald nach Erscheinen des Gesetzes schien man aber wenig geneigt, dasselbe einzuführen, und schützte mehrfach die, durch die Einführung entstehenden, bedeutenden Kosten als Grund dieser Zögerung vor, so daß dem Gesetze das Schicksal zu drohen schien, anstatt im Leben wohlthätige Früchte zu tragen, lediglich als sogenanntes schätzbares Material im Regierungsblatte zu stehen, und dann vergessen zu werden.

Nachdem nun in den letzten Landtagsverhandlungen mannichfaltige Aenderungen dieses Organisationsgesetzes vorgeschlagen waren, wobei übrigens stets der bedenkliche Zusatz im Entwurfe stand, daß die projectirten Neuerungen erst bei Einführung weiterer, noch zu fertigender Gesetzbücher ins Leben treten sollten, gelang es den Bemühungen der Kammern, daß das nachfolgende Gesetz erlassen, und, was die Hauptsache ist, auch dessen baldige Einführung angeordnet wurde, wozu die erforderlichen Geldmittel nunmehr durch Beschränkung anderer, minder wichtiger Staatsausgaben sogleich herbeigeschafft wurden.

Der Inhalt des am 2. August 1856 publizirten neuen Gesetzes, soll im Auszuge hier mitgetheilt werden. Es lautet folgendermaßen:

„Art. 1. In jedem Kreise soll eine dem Bedürfnisse entsprechende Zahl von Bezirksgerichten errichtet werden. Diese vereinigen mit den im gegenwärtigen Gesetze namentlich aufgeführten Zuständigkeiten die gesammte Competenz der bisherigen Kreis- und Stadtgerichte, führen jedoch für diejenigen Geschäftszweige, welche einzelnrichterlich zu behandeln sind, die Benennung: „Bezirksgericht als Einzelnrichteramt.“ Art. 2. Die kollegiale Verfassung der Landgerichte ist aufgehoben. Von den bisher zu dem Wirkungskreise der Landgerichte gehörigen Rechtsstreitigkeiten bleiben denselben für die Zukunft diejenigen zugewiesen, welche in der ersten Instanz durch Einzelnrichter zu erledigen sind. Alle übrigen Rechtsstreitigkeiten gehen von den Landgerichten an die betreffende Bezirksgerichte über. Die bisherige Kompetenz der Polizeibehörden in Bezug auf streitige Rechtssachen bleibt unverändert. Art. 3. Nachstehende Rechtsstreitigkeiten sind in erster Instanz bei den Bezirksgerichten und Landgerichten durch Einzelnrichter zu erledigen: 1) Die Klagen wegen Ehrenverletzungen; 2) die Streitigkeiten zwischen Handwerksmeistern und Gesellen oder Lehrjungen, Dienstherren und Dienstboten oder Taglöhnern, Gewerbsunternehmern und ihren Arbeitern hinsichtlich des gegenseitigen dienstlichen oder gewerblichen Verhältnisses; 3) Streitigkeiten zwischen Vermiethern und Miethern von Wohnungs- und anderen Räumen in Betreff des Miethverhältnisses, so lange dasselbe noch besteht, dann Streitigkeiten, welche sich nach Auflösung des Miethverhältnisses wegen Forderungen für das letzte Jahr oder wegen Räumung der Miethwohnung ergeben; 4) Streitigkeiten der Reisenden mit Wirthen, Fuhrleuten, Schiffern oder Flößern über Wirthszechen, Fuhrlohn, Verlust oder Beschädigung der Habe des Reisenden oder Verzögerung des Transportes, desgleichen Streitigkeiten der Reisenden mit Handwerkern über Forderungen, welche aus Anlaß der Reise entstanden sind; 5) Streitigkeiten über Gegenstände des Handelsverkehrs auf Messen oder Märkten, so weit sie während der Dauer der Messe oder des Marktes bei Gericht angebracht werden und nicht den Handelsgerichten zugewiesen sind; 6) Wandlungs- und Minderungsklagen wegen verkaufter Thiere; 7) Klagen auf Entschädigung einer außerehelich Geschwächten, auf Anerkennung der Vaterschaft außerehelicher Kinder und alle Klagen auf Reichung des Lebensunterhaltes; 8) die den Hypothekgläubigern gemäß §. 45 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 zustehenden Anträge auf Einhalt gegen die Verminderung des Werthes der Sache durch Vernachlässigung oder Verschlimmerung von Seite des Schuldners; 9) die Beitreibung der aus den letzten zwei Jahren rückständigen Zinsen nach §. 52 desselben Gesetzes; 10) Streitigkeiten in Ewiggeldsachen; 11) Klagen wegen Wildschadens und wegen anderer Beschädigung von Erzeugnissen des Bodens, insbesondere wegen Beschädigung durch Ueberackern, Ueberfahren, Viehweiden, Grasen, Mähen, Ernten oder Einherbsten; 12) Streitigkeiten wegen Beschädigung von Einfriedungen, Wasserleitungen, Abflüssen, Wässerungsanlagen, Pfaden und Wegen oder wegen des rechtswidrigen Zustandes derselben und wegen Verrückung der Grenzzeichen; 13) Klagen auf Festsetzung und Bezeichnung der Grenzen anliegender Grundstücke oder auf Unterhaltung oder Erneuerung gemeinschaftlicher Mauern und anderer Einfriedungen; 14) Klagen, welche den jüngsten Besitz oder den Einspruch gegen die Einrichtung eines

neuen oder die Aenderung eines bestehenden Werkes betreffen, deßgleichen Klagen, welche auf Erwirkung einer vorsorglichen Verfügung wegen verübter oder drohender Selbsthilfe oder des Ausbruches von Thätlichkeiten oder wegen anderer dringender Gefahr gerichtet werden; 15) alle Klagen, welche in der Hauptsache an Geld oder Geldeswerth nicht über einhundert fünfzig Gulden ohne Einrechnung der Zinsen, Kosten und Nutzungen betreffen; 16) Konkursprozesse, insoferne bei Veranlassung eines Beschlusses auf Eröffnung des Konkurses kein Rechtsanspruch gegen den Gemeinschuldner gerichtsbekannt ist, dessen Werth den in Ziffer 15 bezeichneten Betrag übersteigt. Wird ein solcher Anspruch gleichwohl im Laufe des Konkursverfahrens erhoben und dessen Liquidität oder Priorität oder das dafür angesprochene Separationsrecht bestritten, so ist die Sache nach Abhaltung der Ediktstage zum Zwecke der Erlassung des Prioritätserkenntnisses und zur weiteren Behandlung an das einschlägige Bezirksgericht abzugeben, wenn von dem Gemeinschuldner oder einem Gläubiger der deßfallsige Antrag gestellt wird. Art. 4. Sowohl bei den Bezirks- als bei den Landgerichten hat der Gerichtsvorstand jedenfalls Einen Beamten als regelmäßigen Einzelnrichter zu bezeichnen und diese Anordnung im Gerichtsbezirke bekannt zu machen. Wenn die Geschäftsaufgabe des Einzelnrichters bei einem Gerichte die Bezeichnung mehrerer Beamten als Einzelnrichter nothwendig macht, so ist in die zu erlassende Bekanntmachung die Art der Geschäftsvertheilung aufzunehmen. Den Gerichtsvorständen bleibt jedoch unbenommen, einzelne Rechtsstreitigkeiten selbst als Einzelnrichter zu erledigen. Dieselben sind ferner verpflichtet, im Falle der Verhinderung oder Geschäftsüberbürdung der ständig aufgestellten Einzelnrichter die nöthige Geschäftsaushilfe anzuordnen. Art. 5. Jeder Einzelnrichter hat die von ihm zu behandelnden Rechtsstreitigkeiten selbstständig zu leiten und zu entscheiden, wogegen ihn die volle Dienstesverantwortlichkeit dafür trifft. Art. 6. Die Zuständigkeit des Einzelnrichters kann durch Uebereinkunft der Parteien (§. 3 Abs. 2 des Gesetzes vom 17. November 1837, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreff.) auf Rechtsstreitigkeiten erstreckt werden, welche nicht zu den im Art. 3 aufgeführten gehören. Eine Ausnahme findet nur in Ansehung derjenigen Rechtsstreitigkeiten statt, welche mit Rücksicht auf ihren Gegenstand besonderen Gerichten zugewiesen sind. Art. 7. Bei Anstellung der Klagen, welche auf dem Grunde des Art. 3 Ziffer 15 bei einem Einzelnrichter erhoben werden, ist der Geldeswerth des Streitgegenstandes anzugeben. Will der Beklagte behaupten, daß der Streitgegenstand mehr als einhundert fünfzig Gulden werth sei, so hat er Dieses in der ersten auf die Klage abzugebenden Erklärung vorzubringen. In diesem Falle hat das Gericht vor der Fortsetzung der Verhandlung den Werth durch eine Schätzung nach Gerichtsordnung Kap. XII. §. 3 No. 2 festzustellen, deren Kosten der Beklagte zu tragen hat, wenn seine Behauptung sich als unbegründet erweist. Das Ergebniß dieser Schätzung ist bezüglich des in Frage befindlichen Streitgegenstandes für alle Gerichte so weit maßgebend, als es sich um die Zuständigkeit oder um die Berufungssumme handelt. Art. 8. Die Bestimmung des Art. 7 Abs. 2 und 3 kommt auch dann in Anwendung, wenn der Beklagte in einer bei einem Bezirksgerichte als Kollegialgerichte anhängig gemachten Klagsache die Zuständigkeit dieses Gerichtes auf dem Grunde des Artikels 3 Ziff. 15 durch die Behauptung bestreiten will, daß der Streitgegenstand nicht über einhundert fünfzig Gulden betrage. Das Bezirksgericht kann in einem solchen Falle die Schätzung auch von Amtswegen anordnen, wenn es über den Werth des Streitgegenstandes in Zweifel ist. Art. 9. In dem Falle einer nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung zuläßigen Häufung mehrerer nach Art. 3 Ziff. 15 an einen Einzelnrichter gehöriger Klagen wird die Zuständigkeit desselben nicht durch den Umstand ausgeschlossen, daß die mehreren Klagen zusammen einen höheren Geldbetrag oder Geldeswerth als einhundert fünfzig Gulden betreffen. Art. 10. Eine Widerklage, welche nicht schon an sich gemäß der Bestimmung im Art. 3 zur Zuständigkeit eines Einzelnrichters gehört, ist bei diesem nur dann zu verhandeln und zu entscheiden, wenn die Parteien hierauf übereinkommen oder wenn die Vor- und Widerklage aus ein und demselben Rechtsverhältnisse entspringen oder wenn die mit der Widerklage verfolgten Gegenansprüche zugleich gegen die Vorklage als Einrede geltend gemacht werden. Art. 11. Die Landgerichte haben das Vermittlungsamt nicht nur in den zu ihrer Zuständigkeit (Art. 3) gehörenden Rechtsstreitigkeiten, sondern auch in denjenigen Fällen auszuüben, in welchen der Kläger vor Anstellung der Klage bei dem Bezirksgerichte den Beklagten unter allgemeiner Bezeichnung des Klagegegenstandes vor das Landgericht, bei welchem der Beklagte oder, wenn es mehrere sind, einer derselben seinen Gerichtsstand hat, zum Versuche der Vermittlung vorladen läßt. Wenn an dem hiezu

bestimmten Tage der Kläger oder der Beklagte nicht erscheint, so ist das Landgericht zu einem Vermittlungsversuche nicht verpflichtet. Eine Verpflichtung, vor der Anstellung der Klage bei dem Bezirksgerichte das landgerichtliche Vermittlungsamt anzugehen, besteht nicht. Art. 12. Die vor einem Civilgerichte protokollirten Vergleiche haben alle Wirkungen eines gerichtlichen Vergleiches; die vor einer andern Vermittlungsbehörde errichteten, insoferne sie nicht bereits ganz oder theilweise erfüllt sind, haben nur die Kraft eines außergerichtlichen Vertrages. Soweit die jeden Orts geltenden Gesetze für die Rechtsgiltigkeit von Verträgen besondere Voraussetzungen aufstellen, behält es hiebei sein Bewenden. Art. 13. Bei den durch Einzelnrichter zu erledigenden Rechtsstreitigkeiten kommen, vorbehaltlich der Bestimmungen des Art. 14, die in den §§. 3 bis 15 des Gesetzes vom 17. November 1837, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend, über das beschleunigte Verfahren im mündlichen Verhöre gegebenen Vorschriften in Anwendung. Art. 14. Bei der im Art. 3 Ziff. 9 und 10 bezeichneten, sowie bei allen zum Executiv-Mandat-Arrest- und Konkursprozesse sich eignenden Sachen hat es bei dem für dieselben vorgeschriebenen Verfahren sein Verbleiben. Art. 15. Bei den Bezirksgerichten wird in Sachen, welche zum gewöhnlichen Verfahren sich eignen, die Verhandlung auf die Klage mittelst Schriftenwechsels gepflogen. Den Parteien bleibt unbenommen, einzelne Prozeßhandlungen bei dem zuständigen Gerichte zum Protokolle vorzunehmen. Auch kann das Gericht aus besondern Gründen die protokollarisch schlüssige Verhandlung anordnen. Art. 16, 17 betreffen das Gantverfahren. Art. 18. Sowohl bei den Bezirksgerichten als bei den Landgerichten werden die Geschäfte der nichtstreitigen Rechtspflege einschlüssig des Hypothekenwesens durch Gerichtsbeamte als Einzelnrichter selbstständig besorgt. Dieselben trifft die gesetzlich oder instruktionsmäßig dafür bestehende Haftung und Dienstesverantwortlichkeit. Bei den Landgerichten sollen von dem einschlägigen Appellationsgerichte im Einvernehmen mit der Kreisregierung besondere Nebenbeamte für das Notariat und Hypothekenamt aufgestellt und im Gerichtsbezirke bekannt gemacht werden. Denselben sind, soweit es unbeschadet ihres Hauptberufes geschehen kann, auch die übrigen Geschäfte der nichtstreitigen Rechtspflege als ständige Geschäftsaufgabe zu übertragen. Die Gerichtsvorstände haben die Obliegenheit, im Falle der Verhinderung oder Geschäftsüberbürdung der hiefür zunächst bestimmten Beamten die nöthige Geschäftsaushilfe anzuordnen. Denselben bleibt ferner unbenommen, wenn es sich nicht um Hypothekengeschäfte handelt, auf ausdrücklichen Antrag der Betheiligten einzelne Sachen der nichtstreitigen Rechtspflege, so lange solche noch nicht bei dem dafür aufgestellten ständigen Beamten anhängig sind, zur Selbsterledigung unter eigener Haftung zu übernehmen. Art. 19. Wenn über einen bei einem Gerichte gemäß Art. 18 vorgenommenen Akt der nichtstreitigen Rechtspflege ein Streit entsteht, so kann der Beamte, welcher den Akt aufgenommen oder bestätigt hat, bei Vermeidung der Nichtigkeit keine richterliche Thätigkeit bezüglich jenes Rechtsstreites ausüben. Art. 20. Die Voruntersuchungen über Verbrechen, Vergehen und jene Uebertretungen, welche kraft besonderer Gesetze gleich den Vergehen zu behandeln sind, fallen in die Zuständigkeit der Bezirksgerichte und sind, soweit es thunlich ist, durch Untersuchungsrichter der einschlägigen Bezirksgerichte zu führen. Jedoch können für entferntere Theile der Bezirke durch Regierungsverordnung besondere Kriminalbezirke gebildet und zur Führung der Voruntersuchungen in denselben ständige Bezirksuntersuchungsrichter ernannt werden. Für letztere gelten alle, die Untersuchungsrichter der Kreis- und Stadtgerichte betreffenden Bestimmungen des Gesetzes vom 10. November 1848, die Abänderung des II. Theiles des Str.G.B. von 1813 betr. Dieselben haben die Dienstes-eigenschaft von Landgerichtsassessoren und stehen unter der dienstlichen Oberaufsicht des Landrichters, an dessen Amtssitze sie aufgestellt sind. Die Bezirksgerichte sind ermächtigt, auf Antrag der Staatsanwaltschaft aus erheblichen Gründen einzelne Voruntersuchungen, welche die zu ihrem Bezirke gehörigen Bezirksuntersuchungsrichter zu führen haben, an die Untersuchungsrichter des Bezirksgerichts zu übertragen, so wie auch den Bezirksuntersuchungsrichtern Voruntersuchungen über einzelne Reate zu überweisen, die innerhalb desselben Bezirksgerichts, aber im Amtsbezirke anderer Untersuchungsrichter verübt worden sind. Entsteht zwischen mehreren Untersuchungsrichtern, deren Amtsbezirk demselben Bezirksgerichte angehört, ein Streit über die Zuständigkeit, so entscheidet darüber das Bezirksgericht. Art. 21. Insoferne bei einem Bezirksgerichte oder für einen besonderen Kriminalbezirk die Aufstellung mehrerer Beamten als ständiger Untersuchungsrichter nothwendig wird, hat der Direktor des Bezirksgerichts oder der Vorstand des Landgerichts, bei welchem die Untersuchungsrichter des Kriminalbezirks ihren Amtssitz haben, die Geschäfte ständig nach Distrik-

ten unter die einzelnen Untersuchungsrichter zu vertheilen. Im Falle der Verhinderung eines Untersuchungsrichters wird dessen Stelle durch den im Dienste ältesten Untersuchungsrichter ersetzt, und im Falle der Verhinderung sämmtlicher Untersuchungsrichter wird ein Stellvertreter von dem Gerichtsvorstande bestimmt. Art. 22. Die Untersuchung und Aburtheilung aller durch specielle Gesetze den Gerichten zugewiesenen Uebertretungen, mit Ausnahme der im Art. 20 bezeichneten, gehört an den Bezirks- und Landgerichten zur Zuständigkeit der Einzelnrichter. Die Aburtheilung in II. Instanz erfolgt durch die betreffenden Bezirksgerichte. Ein Richter, der in der Sache bei der Untersuchung oder Aburtheilung in I. Instanz thätig war, darf bei Vermeidung der Nichtigkeit bei der Aburtheilung in II. Instanz nicht mitwirken. Die bisherige Zuständigkeit des Oberappellationsgerichtes in seiner Eigenschaft als III. Instanz oder als Kassationshof bleibt für jene Uebertretungen, bei welchen nach den dermalen bestehenden Gesetzen eine Revision oder Nichtigkeitsbeschwerde zuläßig ist, unverändert. Art. 23. Die Landgerichte können vorbehaltlich der Bestimmung des Art. 6 in den nicht zu ihrem Wirkungskreise gehörigen Civil- und Strafsachen nur dann gerichtliche Handlungen vornehmen, wenn deren Vornahme ihnen entweder von den Obergerichten aufgetragen oder von den zuständigen Behörden angesonnen wird. Art. 24. Die kollegiale Berathung und Beschlußfassung der Bezirksgerichte geschieht in Senaten, welche aus drei Gerichtsmitgliedern zusammengesetzt sind, vorbehaltlich der für besondere Fälle vorgeschriebenen zahlreicheren Besetzung. Art. 25. Wenn in einzelnen Fällen bei einem Bezirksgerichte die zur Beschlußfassung erforderliche Anzahl von Gerichtsmitgliedern nicht vorhanden ist, so können ausnahmsweise Mitglieder der nächstgelegenen Bezirks- oder Landgerichte zugezogen werden. Art. 26. Bei Verhinderung des Bezirksgerichts-Direktors oder des Landrichters hat das im Dienste älteste Gerichtsmitglied, wenn von der vorgesetzten Stelle keine andere Anordnung getroffen wird, die Stelle des Vorstandes zu vertreten. Die am Sitze eines Landgerichts aufgestellten Bezirks-Untersuchungsrichter kommen hiebei nicht in Betracht. Art. 27. Die Ausfertigung der Landgerichte in Justizsachen, sowie die Ausfertigung der Bezirksgerichte als Einzelnrichterämter sind von dem Gerichtsvorstande zu unterzeichnen; in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit müssen dieselben jedoch zugleich mit der Unterschrift des dafür verantwortlichen Beamten versehen werden. Art. 28. Administrativkontentiöse Rechtssachen und polizeiliche Untersuchungssachen, bei welchen bisher kollegiale Beschlußfassung in erster Instanz erforderlich war, werden bei den Landgerichten durch den Gerichtsvorstand, im Verhinderungsfalle durch dessen Stellvertreter einzelnrichterlich beschieden. Art. 29. Gegenwärtiges Gesetz tritt, insoferne nicht durch Regierungsverordnung die frühere Einführung erfolgt, am 1. Oktober 1857 in den Landestheilen diesseits des Rheins in Wirksamkeit. Art. 30. Der weitere Vollzug des Gesetzes vom 25. Juli 1850, „die Gerichtsverfassung betr." insoweit dasselbe durch das Gesetz vom 28. Mai 1852, „einige Bestimmungen über die Gerichtsverfassung in den Landestheilen diesseits des Rheins betr.", nicht geändert ist, bleibt vorbehalten."

Es kann nun freilich nicht geleugnet werden, daß selbst nach Einführung des vorstehenden Gesetzes ein in vieler Hinsicht nur provisorischer Zustand auch in der nächsten Zukunft noch fortbestehen wird.

Noch immer fehlt darin die für eine tüchtige Rechtspflege unerläßliche Durchführung der Trennung von Justiz und Verwaltung bei den Landgerichten *), auch vermißt man ungerne bei dem Verfahren vor den Bezirksgerichten dasjenige wahrhaft mündliche Verfahren, welches die hannöversche Pr.O. vom 8. November 1850 mit so ausgezeichnetem Erfolge adoptirt hat, endlich dürfte die Uebertragung der freiwilligen Rechtspflege an Gerichtsbeamte (welche freilich den Vortheil gewährt, daß nur vollständig gebildete Rechtsgelehrte das Notariat besorgen) **) eine ziemlich unnöthige Bestimmung sein, da die Einführung eines selbstständigen Notariats wohl wenig Schwierigkeiten machen kann, — allein trotz aller dieser Unvollkommenheiten erscheint das erwähnte Organisationsgesetz als bedeutender Fortschritt auf der Bahn der Justizreform, und zugleich als hoffnungsvoller Keim zukünftiger weiterer Verbesserungen. Die Führung der eigentlichen Criminaluntersuchungen ist dadurch den Händen solcher Beamten, die noch mit andern Funktionen, namentlich mit Administrativgeschäften behelligt sind, entzogen, und besonderen Untersuchungsrichtern übertragen worden, welchen

*) Lassen wir Baden hierin mit einem Beispiele vorangehen!
D. R.

**) Tüchtige Rechtsgelehrte als Notariatsbeamte erscheinen in Baiern jetzt um so nothwendiger, als durch ein jüngst erlassenes Gesetz das Institut der executorischen Urkunden eingeführt wurde, welches jedenfalls einen unbedingt zuverlässigen Geschäftsfertiger voraussetzt.

dadurch alle Gelegenheit geboten ist, in ihrem Amte eine weit bedeutendere Fertigkeit zu erlangen, — der Einzelrichter hat sich dagegen nur mit der Untersuchung und Aburtheilung der sog. Uebertretungen zu befassen.

Als Haupterrungenschaft erscheint aber die Errichtung von Collegialgerichten erster Instanz für Civilsachen *), weil anerkanntermaßen nur bei collegialisch organisirten Untergerichten in der Regel eine sichere Bürgschaft für eine zuverlässige Rechtsprechung zu finden ist, und weil nur bei einer solchen Organisation das Gericht diejenige Würde erlangen kann, welche für das Ansehen der Justiz und die Autorität eines ehrenhaften Richterstandes nothwendig erscheint.

Das Hypothekenamt ruht in den Händen rechtskundiger Beamten und wiewohl die Führung der Pfandbücher für einen solchen häufig als lästiger Geschäftszuwachs erscheinen muß, welcher zugleich eine große Verantwortlichkeit im Gefolge hat, so ist die Uebertragung des Hypothekenwesens an die Gerichte ein entschiedener Vorzug des Gesetzes, weil nur Rechtskundige im Stande sind, sich heutzutage in diesem schwierigen Geschäfte zurecht zu finden, sowie auch leider die Erfahrung lehrt, daß Pfandgerichte ohne genügende Rechtskenntnisse trotz aller Belehrungen niemals eine gehörige Garantie darbieten werden, (wie dies die, bei uns täglich vorkommenden Regreßklagen beweisen), und sicher anzunehmen ist, daß ohne Uebertragung des Hypothekenwesens an Juristen alle sonstigen Projecte zur Verbesserung des Immobiliarcredites ziemlich bedeutungslos sein dürften.

Jedenfalls verdienen die jüngsten reformatorischen Bestrebungen in Baiern um so mehr gewürdigt zu werden, als gerade die jetzige Zeit im Allgemeinen an wichtigeren Produkten der Gesetzgebung nicht besonders fruchtbar zu sein scheint.

Huffschmid.

*) In jedem der sieben Kreise sollen vier bis fünf derselben errichtet werden.

II.

Marcadé ad Art. 1422.

Die Befugnisse des Ehemanns über das Gemeinschaftsvermögen hören heut zu Tage, in der Regel bei unentgeldlichen Veräußerungen unter Lebenden auf; und eine Schenkung, die er sogar unter Mitwirkung seiner Frau machen würde, wäre nichtig.

Der Ehemann hat über die Gemeinschaftsgüter die gleichen Rechte, wie über seine eigenen Güter.

Nur bezüglich unentgeldlicher Veräußerungen gilt im Allgemeinen die Regel, daß diese außerordentliche Gewalt wegfalle. Ehedem verhielt sich das anders: der größte Theil der Coutumes, namentlich die von Paris im Art. 225, gaben dem Ehemanne die unentgeldlichen Verfügungen, wie die unter belastetem Titel frei. Unsere moderne Gesetzgebung ging aber mit Recht von der Ansicht aus, daß es, soweit auch die Grenzen der ehemännlichen Verwaltung sein müssen, doch gegen den Mann gehe, wenn man auch das Recht, reine Geschenke zu geben, darein nehmen wollte, denn Schenken heißt eher vergeuden als verwalten. Der Ehemann kann also keine Freigebigkeiten unter Lebenden mehr aus den Gütern der Gemeinschaft machen. Eine letztwillige Schenkung, als welche erst durch den Tod des Disponirenden und in einem Augenblicke eine Verfügungshandlung wird, wo keine Gemeinschaft mehr da ist, muß offenbar zulässig bleiben und zwar nicht blos für den Ehemann, wie wir aus Art. 1423 ersehen, sondern auch abgesehen von einem Unterschiede *), für die Frau.

Das Verbot findet also, wie uns Art. 1422 sagt, nur auf Verfügungen unter Lebenden seine Anwendung, welche Bedeutung hat aber dieses Verbot? Sind diese Verfügungen dem Ehemanne unbedingt oder nur insoweit untersagt, als die Frau nicht mitwirkt, so daß unter deren Mitwirkung jede Schenkung zulässig sein würde? Das ist eine kitzliche und bestrittene Frage; aber, trotz des Gewichts der uns entgegen stehenden Autoritäten, sind wir doch der Ansicht, daß man sich für das unbedingte Verbot entscheiden müsse.

Wie und auf welche Weise sollte das Mitwirken der Frau bei einer unentgeldlichen Veräußerung, dieser Veräußerung Rechtsbeständigkeit geben können? Etwa in dem Sinne, daß die Frau, dadurch, daß sie erklärt, sie willige in die Veräußerung, welche ihr Mann vornimmt, die Unfähigkeit des Letzteren heben und ihm die Befugniß

*) Eine letztwillige Verfügung der Frau über Güter der Gemeinschaft bleibt in Allem wirkungslos, was nicht in ihr Loos fällt; — während bei einer Verfügung des Ehemanns, die Zahlung des Werths der betreffenden Gegenstände sowohl aus dessen Gemeinschaftsantheile, als eigenem Vermögen gefordert werden kann.

verschaffen kann, ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, welches das Gesetz ihm verbietet? offenbar nicht. Einer Seits läge darin eine wahre Ermächtigung, die der Mann bei seiner Frau nachsuchen müßte, und ein solches Nachsuchen der Ermächtigung würde offenbar der Eigenschaft des Mannes, als des Hauptes der Gemeinschaft, und allen Grundregeln dieser Lehre widerstreiten. Auf der anderen Seite ist es einleuchtend, daß unser Verbot darauf abzielt, das Miteigenthum der Frau gegen mißbräuchliche Verfügungen des Ehemannes zu schützen; nun würde man aber diesen Schutz aufheben, wenn man die Verfügung unter der Voraussetzung für gültig erklären wollte, daß die Frau einwilligt, weil das Abhängigkeitsverhältniß dieser Frau und die ausgedehnten Befugnisse ihres Ehemannes ihr nicht wohl gestatten, die verlangte Ermächtigung zu versagen. Um die Einwilligung der Frau zur Verschenkung einer der gemeinschaftlichen Liegenschaften zu erwirken, könnte der Mann ihr z. B. drohen, daß er, im Falle ihrer Weigerung, zwei oder drei der nemlichen Liegenschaften verkaufen und den Erlös verschleudern werde, und die Frau hätte nichts Besseres zu thun, als die von ihr geforderte Einwilligung zu geben ....

Kann man sagen, das Mitwirken der Frau müsse anders genommen werden; während nämlich der Mann (und zwar nicht als Verwalter der ganzen Gemeinschaft und nach den speciell hiefür geltenden Regeln, sondern nach den allgemeinen Prinzipien und als Eigenthümer der Hälfte der gemeinschaftlichen Güter) nur die Hälfte des Gegenstandes gebe, worüber man verfügen wolle, trete die Frau bei, um die andere Hälfte zu schenken, so daß die Schenkung nicht von dem durch seine Frau ermächtigten Ehemanne, sondern von dem Ehemanne und der Ehefrau gemacht werde, als welche Beide, jedes über seinen Theil, der ihm an dem Gegenstande zugehört, verfügen? Das ist aber drei Mal für ein Mal unzuläßig; unzuläßig zumal es dem Zwecke des Art. 1492 entgegen ist, weil der Schutz, den man der Frau sichern wollte, auf diesem Wege eben so gut verloren gehen würde, wie auf dem vorigen; unzuläßig, was die Frau anbelangt, weil sie keinerlei Verfügungsgewalt über die Gemeinschaftsgüter hat; unzuläßig, sogar, was den Mann anbelangt, weil dessen Unfähigkeit zu freigebigen Verfügungen, als welche sowohl für seine Hälfte an dem verschenkten Gegenstande, wie für die andere vorhanden ist, offenbar nicht durch den Umstand gehoben wird, daß seine Frau ihrer Seits eine (ebenso unwirksame) Schenkung macht. Mit einem Worte, der Mann ist das Haupt der Gemeinschaft, ihm ist alle Gewalt über die Gemeinschaftsgüter übertragen, durch ihn allein kann alles das geschehen, was eben geschehen kann, und er kann nicht thun, was eben nicht gethan werden darf; so daß mit dem Satze: der Ehemann könne in der Regel die Gemeinschaftsgüter nicht verschenken, nichts Anderes gesagt ist, als die Gemeinschaftsgüter können in der Regel nicht verschenkt werden. Mag man sich nun an den Wortlaut des Gesetzes halten, oder sich aus den Vorarbeiten Aufklärung schaffen wollen, immer wird man auf den Schluß zurückgeführt werden: eine Verfügung über die Gemeinschaftsgüter kann von Niemanden getroffen werden, als von dem Ehemanne; nun kann aber der Ehemann in der Regel nicht freigebig über diese Güter verfügen, folglich sind freigebige Verfügungen in der Regel unbedingt verboten. Adrian Pfaff.

III.

1) Bei der Gütergemeinschaft in Errungenschaftsweise sind die eigenen Schulden eines jeden Ehegatten von der Gemeinschaft ausgeschlossen.
2) Es kann daher auch das rücknehmende Einbringen der Frau für eigene Schulden des Mannes nicht angegriffen werden.

Zimmern gegen Schacherer.

Die Ehefrau des J. Schacherer war auf Zahlung einer gewissen Summe aus dem Grunde belangt, weil diese eine Gemeinschaftsschuld und die Beklagte, da sie mit ihrem Ehemann in einer Errungenschaftsgemeinschaft stehe, nach L.R.S. 1521 a. für die Hälfte derartiger Schulden haftbar sei.

Diese Klage wurde auf die Nachweisung, daß der Mann die zur Hälfte eingeklagte Schuld in die Ehe gebracht habe, in II. und III. Instanz abgewiesen, weil der L.R.S. 1498 sage, daß bei der Errungenschaftsgemeinschaft die beigebrachten eigenen Schulden eines jeden Ehegatten von der Gemeinschaft ausgeschlossen seien.

Der badische Gesetzgeber habe in den Text des S. 1498 das Wort „eigene" (Schulden) ausdrücklich eingeschoben, in der Absicht, daß diese von dem Schuldenbestand der Gemeinschaft ausgeschlossen sein sollen. Vrgl. Brauer Erl. III. 384 zu S. 1498. Stabel, Güterrecht der Ehegatten S. 34. Munke, Vorträge zur Einleitung in das Studium des bürgerlichen Rechts, S. 77. 78. D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 40.

I.

Erbschaftseröffnung eines im Inlande verstorbenen Ausländers. — Zuständigkeit der badischen Gerichte zur Entscheidung von Streitigkeiten über eine solche Erbschaft.

Hofgericht des Unterrheinkreises und Oberhofgericht.
von Röder und Cons. gegen Schälkly.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Im Jahr 1850 starb zu Rohrbach Elisabetha Schälkly geborene Sohn; sie war zu Heiligenzell geboren, hatte sich im Jahr 1833 mit dem Engländer G. B. Stulz, welcher später in den badischen Adelsstand erhoben wurde, zu Paris verheirathet gehabt, und dann mit ihm zu Rohrbach gewohnt, wo er das dortige Schloßgut gekauft hatte.

Nachdem ihr Mann im Jahre 1846 gestorben war, verheirathete sie sich im Jahre 1847 zu Rohrbach mit dem Beklagten, einem Bürger der Gemeinde Bözberg, Kantons Aargau. Dabei wurde ihr von dem Gemeinderath dieses Ortes Bürgerrecht zugesichert. Im November 1847 errichtete sie zu Marseille ein Testament, worin sie ihrem Ehemann ihr Vermögen, soweit sie darüber verfügen dürfe, zu Eigenthum vermachte.

Als sie nun im Jahr 1850 kinderlos gestorben war, sprach der Beklagte auf den Grund des Testaments Eigenthum an dem ganzen Vermögen seiner verstorbenen Ehefrau an. Zugleich erklärte sich das großh. Amtsrevisorat Heidelberg als zur Auseinandersetzung der Verlassenschaft unzuständig. Dagegen trat die Mutter der Erblasserin als Pflichttheilsberechtigte und nach deren Tod ihre Rechtsnachfolger, die beiden Schwestern der Erblasserin, auf. Sie begehrten im Weg der Klage bei großh. Oberamte Heidelberg, daß die Competenz der großh. badischen Behörden zur Auseinandersetzung der Verlassenschaft nach badischem Recht für begründet, und der Beklagte zur Herausgabe des vierten Theils der Erbschaft sammt Früchten und Zinsen vom Todestag der Erblasserin an, für schuldig erklärt werde.

Begründet wurde die Klage mit der Behauptung, daß die Erblasserin sowohl vor, als während ihrer Ehe mit dem Beklagten ihren ständigen Wohnsitz in Rohrbach gehabt habe, daß sie jedenfalls Einsasse des Großherzogthums gewesen, und daß ihr Familienstand durch ihre Verheirathung mit einem Ausländer nicht verändert worden sei. Der Beklagte bestritt dieses, setzte der Klage die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts entgegen, welche indessen rechtskräftig verworfen wurde, machte geltend, daß nach dem hier in Anwendung zu bringenden Gesetz seines Heimathsorts die überlebende Mutter keinen Pflichttheil anzusprechen habe, und schützte endlich vor, daß ihm auch nach badischem Recht die lebenslängliche Nutznießung an dem Vermögen der Erblasserin kraft ehelichen Rechtes zustehe.

Die Behauptung, daß nach dem in der Heimath des Beklagten geltenden Gesetz den Ahnen eines Erblassers ein Notherbenrecht nicht zustehe, wurde klägerischerseits widersprochen, vom Unterrichter für entscheidend angesehen, und zum Beweis durch den Beklagten ausgesetzt. Nach gepflogenen Beweisverhandlungen wurde die Klage abgewiesen. Dadurch erachten sich die Klägerinen für beschwert. Ihre Beschwerde erscheint auch in der Hauptsache begründet.

Die Bestimmungen des im Heimathsort des Beklagten geltenden Gesetzes sind hier gänzlich unerheblich, da das den Gegenstand der Klage bildende Recht nur auf die Bestimmungen des badischen Gesetzes hin in Anspruch genommen wird, daher der Begründung entbehren würde, sobald das badische Gesetz hier keine Anwendung fände.

Es fragt sich vielmehr nur, ob unsere Gesetze ihre Anwendung auf den vorliegenden Fall erlauben, und ob unter dieser Voraussetzung der klägerische Anspruch von ihnen anerkannt wird. Der vorliegende Fall betrifft die Nachfolge in eine Erbschaft. Das Erbrecht schließt sich nur der Person des Verstorbenen an, da deren Vermögen als solches kein äußerer Gegenstand ist, vielmehr nur auf die Person ein Ganzes bildet. Das Erbrecht richtet sich daher nach dem persönlichen Recht des Erblassers zur Zeit seines Todes.

(Zachariä, französisches Civilrecht 5. Aufl. §. 31 Abs. 4.
Savigni, Syst. d. R. R. VIII. S. 295 §. 375.
VI. Const.-Ed. §. 2. C.)

Letzteres ist aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen dasjenige seines Wohnsitzes. Diese allgemeine Rechtsgrundsätze haben in unsern Gesetzen keine Aenderung erlitten. Insbesondere erstreckt der L.R.S. 3 Abs. 3 die Herrschaft der persönlichen Gesetze auf den Inländer nicht mehr dann, wenn er seinen Wohnsitz (Domicile) im Auslande hat, vielmehr lediglich noch dann, wenn er sich im Ausland nur aufhält (residant en pays étrangers) wie denn auch der §. 2 des VI. Constitutions-Edicts die Anwendbarkeit der Heimathsgesetze nur hinsichtlich des Nachlasses derjenigen Fremden erwähnt, welche sich als Gäste vorübergehend im Lande aufhalten. Die Competenz der badischen Behörden zur Auseinandersetzung der Erbschaft nach badischem Recht erscheint daher begründet, sobald feststeht, daß die Erblasserin oder vielmehr nach L.R.S. 108 ihr Ehemann zur Zeit ihres Todes seinen Wohnsitz im Großherzogthum gehabt hat, und gesetzmäßig haben konnte. Die unter den französischen Rechtslehrern bestrittene Frage, ob ein Ausländer im Inland einen gesetzmäßigen Wohnsitz haben könne. (L.R.S. 12. 13.)

(Demolombe, traité No. 172. 268.
Boileux zu Art. 11. 13. S. 62.
Zachariä 5. Aufl. §. 71. S. 199,)

ist jedenfalls nach unserem VI. Const.-Ed. bezüglich der auswärts heimathsberechtigten Einsassen zu bejahen. Läßt sich nämlich einerseits nicht annehmen, daß das Const.-Ed. denjenigen Ausländern, welche einen Staatsdienst oder ein Gewerbe im Inland erlangten, nicht auch einen Wohnsitz daselbst gestatten wollte, so ist dessen Gewährung auch daraus zu folgern, daß §. 5 vrgl. mit §. 13. solche Einsassen hinsichtlich der Gerichtspflichtigkeit, einer der Hauptwirkungen des Wohnsitzes, den Staatsbürgern ausdrücklich gleichstellt. Der Beklagte ist nun aber nach dem Ergebniß der Verhandlungen als ein Einsasse, welcher seinen Wohnsitz in Rohrbach hatte, anzusehen. Er hat bei seiner Verehelichung Rohrbach, wo seine verstorbene Frau schon früher gewohnt hatte, und liegenschaftlich angesessen war, als seinen Wohnort angegeben, und sich seither mit Erlaubniß der Staatsbehörde dort aufgehalten, wie denn auch seine Ehefrau in ihrem Testament Rohrbach als ihren Wohnort bezeichnete. Er widerspricht nicht, seine Heimath nicht mehr betreten zu haben und vermag keinen andern Ort anzuführen, an welchem er sich längere Zeit niedergelassen; beide Eheleute hatten ihr bedeutendes Vermögen, mit Ausnahme eines kleinen Gutsantheils im Großherzogthum angelegt, insbesondere Güter in der Nähe von Rohrbach angekauft und von da aus verwaltet.

Läßt sich aus diesen Umständen schließen, daß der Beklagte seine Hauptniederlassung, also seinen factischen Wohnsitz in Rohrbach hatte, so ergibt sich daraus auch, daß er als Einsasse im Sinne des §. 5 des VI. Const.-Edikts anzusehen ist. Dieses Edict kennt 4 Klassen von Fremden, solche, welche nur als Reisende das Land betreten, dann herrenlose Gäste, ferner Schutzgenossen, welche für einen vorübergehenden Zweck einen zeitlichen Aufenthalt im Lande nehmen, und Einsassen, welche mit dem Lande eine bleibende Verbindung eingehen. Da nun der Beklagte zu keiner der 3 ersten Klassen gehört, namentlich nicht zur Dritten, indem er nicht zu einem vorübergehenden Zweck einen zeitlichen Aufenthalt im Land genommen hat, insbesondere nicht „von auswärts ziehenden Renten oder sonst von auswärtigen Einkommen lebt," so muß er zur 4 Klasse gehören, demnach als Einsasse angesehen werden, welcher mit seiner Ehefrau gesetzmäßigen Wohnsitz zu Rohrbach hatte. Dabei ist der Umstand, daß er sein Bürgerrecht in seinem Heimathsort beibehielt, unerheblich. (L.R.S. 103. Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. VIII. 24.)

Ergibt sich nun hieraus und aus dem oben Angeführten, daß die Erbschaft seiner Frau von badischen Behörden und nach badischem Recht auseinander zu setzen ist so stellt sich das Klagbegehren in seinem ersten Theil und insbesondere auch insoweit begründet dar, als klägerischer Seits das Eigenthum an ¼ der Erbschaft als Pflichttheil in Anspruch genommen wird. L.R.S. 915.

Dagegen erscheint das klägerische Begehren um sofortige Herausgabe dieses ¼ sammt Früchten und Zinsen unbegründet, weil dem Beklagten, auch abgesehen von der die

Nutznießung betreffenden Bestimmung des Testaments an dem ganzen Nachlaß seiner Frau die eheliche Nutznießung des L.R.S. 738a mit Ausschluß des elterlichen Vorbehaltsrechts zukommt.

(L.R.S. 1094.

Zrefurt, System des franz. Civ.-Rechts S. 449.)

Aus diesen Gründen und die Kosten anlangend, nach Ansicht des §. 170 der Pr.O. wurde abändernd erkannt, wie geschehen.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Elisabeth geb. Sohn, deren Nachlaß von etwa 200,000 fl. zum vierten Theil den Gegenstand des Rechtsstreits bildet, war zu Heiligenzell geboren eine Inländerin. Sie verheirathete sich zum ersten Male im Jahr 1833 mit dem Engländer Georg Brown Stulz, welcher im Jahr 1834 das Schloßgut zu Rohrbach, Oberamts Heidelberg erkaufte, mit seiner Gattin seinen ständigen Wohnsitz dort nahm, im Jahr 1841 als Gutsbesitzer zu Rohrbach in den Adelsstand des Großherzogthums erhoben wurde, und im Jahr 1846 auf dem genannten Landsitze starb.

Seine von ihm zur Universalerbin eingesetzte Wittwe behielt eben denselben Wohnsitz bei und heirathete (ohne Ehevertrag) im Jahr 1847 zu Rohrbach den bis dahin in ihren Diensten gestandenen Gärtner, den Beklagten Johann Ulrich Schälly, Bürger zu Bözberg schweizerischen Cantons Aargau, wozu die badische Behörde die Erlaubniß ertheilte.

Schälly gab sein Bürgerrecht in Bözberg nicht auf, sondern erwirkte die Zusicherung desselben auch für seine Ehefrau.

Die hierüber ertheilte Urkunde des Gemeinderaths zu Bözberg vom 22. Februar 1847 enthält jedoch den Beisatz, daß sie blos zum Zweck der Verehelichung der Verlobten ausgefertigt sei, und nicht zu allfälliger Niederlassung diene, indem hiefür ein besonderer Heimathschein nöthig sei.

Beide Ehegatten betraten aber Bözberg nicht, hatten dort nicht ein einziges Vermögensstück, sondern behielten ihren ständigen Wohnsitz in Rohrbach bei, von wo sie das beträchtliche durch neue liegenschaftliche Erwerbungen im Land vermehrte Vermögen verwalteten. Auch das bedeutende Kapitalvermögen blieb im Lande angelegt, mit Ausnahme eines kleinen Objects zu Hyeres.

Am 1. Juni 1850 starb die Frau kinderlos zu Rohrbach, nachdem sie bei einem vorübergehenden Aufenthalt zu Marseille ein Testament errichtet, darin Rohrbach als ihren Wohnort bezeichnet, und ihrem Ehemanne ihr ganzes Vermögen, soweit sie darüber verfügen konnte, vermachte.

Die Klage geht nun auf Auslieferung des Pflichttheils, den die überlebende Mutter nach diesseitigen Gesetzen an dem Nachlaß ihrer Tochter anzusprechen hat, wogegen der Beklagte behauptet, daß nicht die diesseitigen Gesetze, sondern jene seiner Heimath zur Anwendung kommen müßten, und daß nach den letztern die Klage nicht begründet sei.

Nach L.R.S. 110 wird der Ort, wo eine Erbschaft anfällt, durch den Wohnsitz bestimmt, und es haben daher die Behörden dieses Orts über den Nachlaß zu richten. Für die inländischen Behörden aber gilt die Regel, daß sie nach inländischen Gesetzen zu entscheiden haben, sofern nicht ausnahmsweise ein anderes bestimmt ist.

Daß nun die Erblasserin mit ihrem Ehemann, dem Beklagten, ihre Hauptniederlassung in Rohrbach, Oberamts Heidelberg hatte, ist nach den obenangeführten Thatsachen nicht zu bezweifeln, denn es treffen hier neben dem regelmäßigen Aufenthalt alle Erfordernisse zusammen um die Absicht zu beurkunden, den Ort Rohrbach als den eigentlichen Wohnsitz zu wählen und zu behalten, woran es durchaus nichts ändert, daß der Beklagte sich sein Bürgerrecht in Bözberg vorbehalten hat, indem dieser Umstand, zumal für einen Ausländer kein Hinderniß ist, den Wohnsitz zu verlegen. Nebstdem sind alle diejenigen Voraussetzungen vorhanden, unter welchen das 6. Const.-Ed. einen Ausländer nicht mehr als einen Landfremden, sondern zugleich als Staatsangehörigen, als Einsassen betrachtet, indem die vom ersten Ehemann der Erblasserin erfolgten liegenschaftlichen Erwerbungen im Inlande mit Staatsgutheißen stattgefunden haben, somit der Besitz von den rechtmäßigen Erben ohne besondere und wiederholte Genehmigung fortgesetzt werden konnte und wirklich fortgesetzt worden ist.

Daß aber die Verlassenschaft einer Person, welche in diesem Sinne Staatsangehörige ist, als solche im Inlande verstirbt und daselbst ihr Vermögen zurückläßt, demohngeachtet nach ausländischen Gesetzen beerbt werden müsse, und daß sogar die inländischen Pflichterben davon ausgeschlossen bleiben sollen, wenn ihnen das betreffende ausländische Gesetz nicht ein gleiches Recht gewährt, läßt sich weder

aus dem Geiste noch aus den Bestimmungen unserer Gesetzgebung ableiten:

Der §. 2 lit. c. des 6. Constitutions-Edicts, welcher verfügt, daß der Nachlaß eines Fremden nach den Gesetzen seines Heimathsorts beerbt werden soll, hat nicht die Ausländer im Allgemeinen, sondern nur eine bestimmte Art derselben, welche die Regel bildet, vor Augen, diejenigen nemlich, welche sich nur vorübergehend als Gäste oder Reisende im Inlande aufgehalten haben, daher auf keine Weise in eine bleibende Verbindung mit dem Inlande getreten sind, vielmehr folgt gerade daraus, daß der Grundsatz der Anwendung der ausländischen Gesetze nur in Bezug auf solche — eigentliche — Fremde ausgesprochen worden ist, die Meinung des Gesetzes, daß bei denjenigen, die in einem ganz andern Verhältnisse stehen, und sogar als Staatsangehörige im Gesetz bezeichnet werden, derselbe Grundsatz umsoweniger eintreten kann, als bei der liegenschaftlichen Angesessenheit nach L.R.S. 3 jedenfalls die im Inlande gelegene Liegenschaften hinsichtlich des Notherbrechts nach inländischen Gesetzen beurtheilt werden müssen, und als das Eintreten in ein solches Verhältniß zu dem Inlande der Natur der Sache nach die Absicht beurkundet, sich den inländischen Gesetzen in jeder Beziehung zu unterwerfen und auch das Vermögen darnach beurtheilen zu lassen. Hiernach erscheint die Klage als begründet und der Beklagte durch das hofgerichtliche Urtheil nicht beschwert.

Ebensowenig ist aber der klagende Theil beschwert, denn wenn die inländischen Gesetze auf die Verlassenschaft Anwendung leiden, so muß dem Beklagten auch die ihm nach diesen Gesetzen zukommende Nutznießung eingeräumt werden.

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen erkannt.

Kah.

II.

Zur Erläuterung der Lehre von den geheimen letzten Willen. L.R.S. 976. 976 a.

Erster Fall.

Umstätter gegen Umstätter.*)

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die vorliegende Klage, mit welcher das von der verstorbenen Susanna Magdalena Umstätter von Heidelberg am 16. März 1852 in geheimer Form errichtete Testament als nichtig angefochten wird, stützt sich

1) auf die Behauptung, daß das Papier, welches die Erblasserin dem Notar als ihr Testament übergeben, nicht wie der letztere beurkundet habe, versiegelt und mit Umschlag versehen, vielmehr blos zusammengefaltet gewesen und erst vom Notar mit Umschlag versehen und versiegelt worden sei.

Dieser Anfechtungsgrund ist vom Unterrichter mit Recht als unzulässig verworfen worden. Wäre nemlich auch das Testament bei dessen Ueberreichung an den Notar nur zusammengefaltet und von diesem erst nachher mit Umschlag versehen und versiegelt worden, so würde zwar die angeführte Beurkundung des Notars als eine unrichtige erscheinen, immerhin aber nicht der ganzen Urkunde und damit auch dem Testamente die Gültigkeit benehmen, weil sie nur einen unerheblichen Vorgang beträfe. Der L.R.S. 976 erklärt es nemlich für genügend, wenn der Testator sein Testament, statt es geschlossen und versiegelt zu übergeben, in Gegenwart des Notars und der Zeugen verschließen und versiegeln läßt. Daß diese Verschließung nicht vom Notar selbst vorgenommen und zu letzterer dessen eigenes Siegel verwendet werden könne, läßt sich weder aus den L.R.S. 976,

(Gilbert, les codes annotés zum Art. 976 No. 12)

noch aus dem L.R.S. 976 a ableiten, indem letzterer nicht etwa zu erkennen gibt, daß unter der im L.R.S. 976 erwähnten Versieglung nur die Aufdrückung eines Privatsiegels zu verstehen sei, vielmehr blos für den Fall, wenn zum Verschluß des Testaments ein Privatsiegel verwendet wurde, zur größern Bürgschaft gegen Verfälschung auch noch eine weitere Versieglung mit dem Notariatssiegel verordnet.

(Oberhofgerichtliche Jahrb. n. F. X. S. 256.)

Da nun der Kläger selbst erklärt, daß der Notar den Umschlag gefertigt und sein Siegel aufgedrückt hat, so ist nach der eigenen Angabe des Klägers nicht allein die hierher bezügliche Förmlichkeit des L.R.S. 976, sondern zugleich auch die des L.R.S. 976 a gewahrt und deßhalb der vom Kläger behauptete Umstand, daß das Testament bei der Uebergabe an den Notar noch nicht mit Umschlag und Siegel versehen war, nicht erheblich und zur Anfechtung des Testaments nicht geeignet.

In gleicher Weise verhält es sich

2) mit dem Anfechtungsgrund, welcher darin besteht, daß der Zeuge J. Landfried seiner Kurzsichtig-

*) Siehe Annalen XXIII. 246 wo das Schicksal der ersten Anfechtung des nämlichen Testaments mitgetheilt ist. D. R.

eit wegen nicht habe unterscheiden können, ob das dem Notar übergebene Papier versiegelt war oder nicht. Ist es, wie ausgeführt wurde, unerheblich, ob das Testament vor seiner Versieglung durch den Notar schon mit einem Siegel versehen war oder nicht, so ist es auch unerheblich, ob Zeuge Landfried in dieser Beziehung eine Wahrnehmung gemacht hat oder nicht. Daß ein kurzsichtiger Testamentszeuge, welcher sich von jedem Vorgang immerhin durch näheres Hinzutreten überzeugen kann, nicht zu den absolut unfähigen zu zählen ist, bedarf keiner Ausführung.

3) Ein dritter Anfechtungsgrund beruht darin, daß die Aufschriftsurkunde eine Erklärung der Erblasserin anführe, wornach es ihr an der körperlichen Kraft gebreche, den Akt zu unterzeichnen, weßhalb auch ein 7. Zeuge statt ihrer unterzeichne, während die Testirerin im Gegentheile erklärt gehabt habe, daß sie unterzeichnen könne und wolle, und nur auf Zureden der Zeugen, wornach sie durch das Unterzeichnen allzusehr angegriffen werden könnte, davon Umgang genommen habe.

Dieser Anfechtungsgrund erscheint im Hinblick auf L.R.S. 976, welcher entweder die Unterzeichnung der Aufschriftsurkunde durch den Erblasser oder im Fall einer Verhinderung seine deßfallsige Erklärung erfordert, rechtlich zuläßig, zumal Kläger nicht zugibt, daß die Erblasserin ihr Erbieten zum Unterschreiben später ausdrücklich zurückgenommen habe; dagegen erscheint dieser Anfechtungsgrund nicht bewiesen, weil das einzig dafür angerufene Beweismittel, der Zeugenbeweis, als gegen den Inhalt einer öffentlichen Urkunde, und zwar gerade in Betreff eines solchen Umstands gerichtet, hinsichtlich dessen dem Notar Cognition und Beurkundung zusteht, nach L.R.S. 1341 unzuläßig ist.

4) Der letzte Anfechtungsgrund stützt sich darauf, daß der Zeuge Brenner die Uebergabe des letzten Willens an den Notar und den Umstand, ob die Urkunde versiegelt war, nicht wahrgenommen habe und nicht wahrnehmen konnte, weil der Notar bei der angeblichen Uebergabe so zwischen die Testirerin und den Zeugen getreten sei, daß er von dem Ort aus, wo der Zeuge gesessen sei, die Testirerin mit seinem Körper gänzlich gedeckt habe.

Auch dieser Anfechtungsgrund ist vom Unterrichter mit Recht verworfen worden.

Abgesehen nämlich davon, ob die Gültigkeit eines Testaments dadurch in Frage gestellt werden kann, daß ein fähiger Testamentszeuge aus Mangel an Achtsamkeit einen wesentlichen Vorgang nicht beachtete, ungeachtet er solchen durch seine Unterschrift unter der Aufschriftsurkunde beglaubigt hat, so ist jene angebliche mangelhafte Wahrnehmung des Zeugen Brenner jedenfalls dadurch ersetzt, daß ein überflüssigerweise zugezogener 7. Zeuge dem Akte der Testamentserrichtung beigewohnt und solchen vollständig mitbeglaubigt hat. War auch dieser Zeuge nur deßhalb berufen worden, weil die Testirerin die Aufschrifts-Urkunde nicht unterzeichnete, so hatte er doch nicht blos die deßfallsige Erklärung der letztern, sondern gleich dem im Fall des L.R.S. 977 gesetzlich erforderlichen weitern Zeugen den ganzen Akt zu beurkunden und demgemäß auch jeden einzelnen dazu gehörigen Vorgang zu beobachten.

Da hiernach das unterrichterliche, die Klage abweisende, Urtheil gerechtfertigt erscheint, wurde bestätigend erkannt, wie geschehen.

Zweiter Fall.

Löw gegen Hirsch.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Das in Frage liegende geheime Testament wird als nichtig angefochten:

1) weil die Aufschriftsurkunde nicht erwähne, ob dasselbe in sich selbst oder in einem Umschlag eingeschlagen war.

Allein abgesehen davon, daß darin allerdings von einem Umschlag die Rede ist, so könnte auf diesen Umstand zufolge L.R.S. 1001 nur dann eine Nichtigkeit gebaut werden, wenn er zu denjenigen Thatsachen oder Erklärungen gehörte, für welche im L.R.S. 976 eine Beurkundung gefordert wird. Dies ist aber nicht der Fall, indem der L.R.S. 976 die Art des Verschlusses nicht unter die Punkte zählt, worüber der Erblasser vor Staatsschreiber und Zeugen eine Erklärung abzugeben hat und eine auf äußere Wahrnehmung dieser Personen, gestützte Beurkundung in manchen Fällen nicht möglich wäre, da ja nach der Beschaffenheit des Verschlusses demselben äußerlich nicht angesehen werden kann, ob er einen Umschlag oder nicht einen Theil des Testaments selbst bildet. Das Gesetz verlangt daher nur, daß die eine oder andere Art des Verschlusses als die allein dazu dienlichen thatsächlich eingehalten sei und dies ergibt sich noch bestimmter aus dem

französischen Text, worin diese Arten des Verschlusses nicht direct vorgeschrieben, sondern in einem Zwischensatz als selbstverständlich vorausgesetzt werden.

2) weil nicht beurkundet sei, daß die Versiegelung durch den Testator oder durch einen Dritten auf sein Geheiß vorgenommen wurde.

Allein der L.R.S. 976 sagt nirgends, daß der Testator selbst das Testament versiegelt haben, oder daß dieß auf sein Geheiß geschehen sein müsse, sofern die Versiegelung nicht erst vor Staatsschreiber und Zeugen erfolgen soll, vielmehr schreibt er nur objectiv vor, daß es verschlossen und versiegelt werden und so dem Staatsschreiber übergeben werden müsse.

Dies ist auch sehr einleuchtend, da wenn das Testament bereits versiegelt an Staatsschreiber und Zeugen übergeben wird, diese aus eigener Wahrnehmung nicht beurkunden können, ob die Versiegelung vom Testator selbst geschehen ist oder nicht, die eigene Erklärung des Testators aber doch keine Gewähr dafür leistet, daß diese Verrichtung wirklich von ihm vorgenommen oder nicht etwa sein Siegel durch einen Dritten mißbraucht werde. Das Gesetz mußte daher der eigenen Vorsicht des Testators überlassen einer Unterschiebung vorzubeugen und es erschöpft alle Mittel, wenn es ihm gestattet, sein Testament bis zur Uebergabe an Staatsschreiber und Zeugen offen zu halten, um sich von dessen Identität zu überzeugen.

3) weil der Staatsschreiber nur beurkunde, daß er das übergebene Paket nochmals versiegelt, nicht aber daß ihm der Testator Auftrag dazu ertheilt habe.

Allein in der Berufungsbeschwerde wird selbst zugegeben, daß zu der im L.R.S. 976 a vorgeschriebenen nochmaligen Versiegelung der Staatsschreiber durch das Gesetz selbst beauftragt, sogar verpflichtet sei, daher keines Auftrags durch den Testator bedürfe, dagegen wird behauptet, daß doch zur Vornahme der ganzen Beurkundung ein solcher Auftrag vom Gesetz vorausgesetzt werde.

Abgesehen jedoch von der Frage, ob die Nachschiebung dieses Anfechtungsgrundes im zweiten Rechtszug zulässig ist, schreibt das Gesetz nirgends vor, daß diese allgemeine Beauftragung ausdrücklich beurkundet werde und muß es daher genügen, daß der Testator dadurch, daß er dem anwesenden Staatsschreiber das Testament übergibt und zur Beurkundung selbst mitwirkt, seinen Willen auf die unzweideutigste Weise an den Tag legt.

4) weil nicht beurkundet sei, daß die nochmalige Versiegelung durch den Staatsschreiber in Gegenwart der Testirerin geschehen sei.

Wenn jedoch die Aufschriftsurkunde zuerst der Testamentsübergabe und der Erklärung der Testirerin erwähnt und dann fortfährt, der Distriktsnotar habe vor allen Dingen das Paket noch weiter mit seinem Dienstsiegel versiegelt, sofort die Aufschriftsurkunde auf dasselbe geschrieben, worauf die Testirerin diese Urkunde als richtig genemigt habe, und nun mit den Zeugen und dem Notar unterschreibe, wenn endlich die Urkunde damit schließt, daß dieß Alles, ununterbrochen hintereinander geschehen sei und auch dies von der Testirerin und den Zeugen durch Unterschrift bestätigt wird, so stellt sich der ganze Vorgang als ein in Gegenwart aller dieser Personen vorgenommener Akt dar, bei welchem es der stets wiederholten Ausführung, daß jeder einzelne Bestandtheil der Handlung in Gegenwart dieser Personen vorgenommen wurde, nicht bedurfte, indem der L.R.S. 976 selbst nur für den Akt der Uebergabe dieser Anwesenheit ausdrücklich erwähnt und im Uebrigen nur voraussetzt, daß alle diese Personen anwesend waren, was aber durch die Beurkundung, daß der Akt ununterbrochen hintereinander stattgefunden habe, bekräftiget werden soll.

Als Hauptmangel wird endlich geltend gemacht:

5) Daß die Art der Versiegelung nicht dem Gesetze entspreche, indem einerseits das Privatsiegel der Testirerin nicht näher bezeichnet, anderseits die Versiegelung des Notars von jenem Privatsiegel zu weit entfernt sei, so daß nach Ablösung des letzteren das inliegende Testament durch ein anderes ersetzt, sofort das Privatsiegel wieder ergänzt oder doch durch den Notar selbst mittelst Ablösung sowohl des Privatsiegels als eines seiner eigenen Siegel einer Unterschiebung ohne bemerkbare Verletzung habe vorgenommen werden können.

Allein das Gesetz erkennt die Siegel als die Schutzmittel der geheimen letzten Willen an, sofern sie nur materiell so beschaffen und angebracht sind, daß ohne ihre Verletzung eine Unterschiebung nicht stattfinden kann. Es fordert daher keine Beschreibung des Ausdrucks, sondern nur die Thatsache, daß das Testament verschlossen und versiegelt sei, daß es dem angegebenen Zweck entspricht. Wird es wegen mangelhafter Beschaffenheit nicht angefochten, so kann dies nur aus dem Grunde geschehen, wenn behauptet und bewiesen werden kann, daß gleichwohl eine Lösung stattgefunden hat und die bloße Möglichkeit,

daß es auf künstliche Weise gelöst werden konnte, kann nicht hinreichen. Denn gegen besondere Kunstgriffe gewährt kein Siegel hinreichenden Schutz und insbesondere nicht die Beschreibung in der Aufschrift, da der Stich selbst nachgemacht werden kann.

Nur eine solche künstliche Lösung ist es aber, die klagenderseits als möglich hingestellt wird, weil, wenn auch das unbeschriebene Privatsiegel beliebig durch ein anderes ersetzt werden kann, es doch zuvor nicht anderst als auf künstliche Weise gelöst werden könnte. Da nun aber die wirkliche Lösung des vorliegenden Privatsiegels nicht behauptet und bei der Testamentseröffnung der unversehrte Zustand der Versiegelung beurkundet wurde, so zerfällt auch der letzte Anfechtungsgrund, ohne daß es auf eine Untersuchung darüber ankommen kann, ob nach Lösung des Privatsiegels eine Verwechslung der Inlage ohne erkennbare Spuren möglich war oder nicht, dasselbe gilt auch von der behaupteten Möglichkeit, daß die Notarssiegel geöffnet und wieder angelegt werden konnten.

An obigen Grundsätzen ändert auch der L.R.S. 976a nichts, wenn er vorschreibt, daß der letzte Wille durch den Staatsschreiber so versiegelt werden müsse, daß nicht unbemerkt die Urkunde aus dem Umschlag herausgenommen und eine andere dafür eingeschoben werden kann. Denn diese Vorschrift kann nicht den Sinn haben, daß das Privatsiegel als eine unnütze Förmlichkeit bei Seite gesetzt werden soll, da sie sonst mit der Vorschrift des vorhergehenden Landrechtsatzes, der die Privatversiegelung bei Nichtigkeit fordert, im Widerspruch stehen würde, sondern die Absicht jener Vorschrift kann nur die sein, daß das Privat- und öffentliche Siegel sich gegenseitig ergänzen und zusammen zum Schutz des geheimen letzten Willens dienen sollen. Dies ergibt sich auch aus Brauers Erläuterungen zu diesem Zusatz Ziff. 5, wonach durch diese Vorschrift nur bezweckt werden soll, durch doppelte Versiegelung zu sorgen, daß weder der Staatsschreiber noch der Erblasser einseitig sie öffnen können, ohne daß es an den Siegeln bemerkbar werde. Denn hier ist das Privatsiegel dem öffentlichen gleichgestellt, und wenn zwar Brauer unterstellt, daß jeder Theil seine Siegel ohne bemerkbare Spuren öffnen könnte, so ist damit nicht gesagt, daß diese Möglichkeit schon zur Anfechtung hinreiche, ohne daß eine wirkliche Lösung nachzuweisen wäre, da sonst eine gleiche vollständige Siegelung von Seite des Erblassers gegenüber dem Staatsschreiber hätte vorgeschrieben werden müssen. Der Zusatz 976a will daher nur einer künstlichen Lösung der jederseitigen Siegel vorbeugen, die aber als geschehen dargethan werden muß, wenn eine Nichtigkeit daraus hergeleitet werden soll.

Aus diesen Gründen ist das unterrichterliche Urtheil bestätigt und gemäß Pr.O. §. 168 der klagende Theil auch in die Kosten dieses Rechtszugs verfällt worden.

Kah.

III.

Der Ausschluß aller Fahrnisse, oder eines Theils derselben von der Gütergemeinschaft, zieht den Ausschluß eines entsprechenden Theils der Schulden nach sich.

(Marcadé: ad Art. 1500 III.)

Wenn die Ehegatten ihre Fahrnisse von dem Vermögen der Gütergemeinschaft ausschließen, so schließen sie damit auch kraft Gesetzes ihre entsprechenden Schulden von deren Schuldenstande aus. Wer alle seine gegenwärtigen Fahrnisse eigen behält, der behält auch alle seine gegenwärtigen Schulden auf sich, und wenn er auch sein künftiges Fahrnißvermögen ausschließt, d. h. was er durch Erbschaft oder Schenkung etwa erwirbt, dann nimmt er auch die Schulden dieser Schenkungen und Erbschaften auf sich.

Jedoch gibt es Autoren, namentlich Delvincourt und Battur (II. 392), die das Gegentheil lehren. Zunächst wird behauptet, nach dieser Ansicht würde der Ausschluß des Fahrnißvermögens einer Errungenschaftsgemeinschaft gleichstehen; nun sei es aber nicht abzusehen, warum der Gesetzgeber, wenn das seine Absicht gewesen, dasjenige doppelt und in zwei verschiedenen Abschnitten geregelt haben sollte, was am Ende doch nur ein und dieselbe Sache unter zwei verschiedenen Namen sei. Da auf der anderen Seite alle die Punkte, welche durch die Urbereinkommnisse der Betheiligten nicht abgeändert worden seien, der gesetzlichen Gemeinschaft fortwährend unterliegen, und die Ehegatten hier nur in der Zusammensetzung des Activvermögens eine Aenderung treffen, so behalte es mit dem Schuldenstande bei seiner gewöhnlichen Regelung sein Bewenden. Wie das Geding der Schuldensonderung nur den Schuldenstand ausschließe ohne den Vermögensstand zu berühren, ebenso dürfe das umgekehrte

Geding des Ausschlusses des Fahrnißvermögens nur den Vermögensstand beschränken, ohne an dem Schuldenstande eine Aenderung zu treffen, und nur das zusammengesetzte Geding der blosen Errungenschaftsgemeinschaft modificire zu gleicher Zeit das Activ- und Passivvermögen .... Der erste Grund ist nicht stichhaltig. Wenn das Geding der Verliegenschaftung zuweilen zu dem gleichen Resultat führt, wie eine Stipulation der Errungenschaftsgemeinschaft, so ist das doch nur dann der Fall, wenn es auf alles gegenwärtige und künftige Fahrnißvermögen ausgedehnt, und zu gleicher Zeit von beiden Ehegatten stipulirt worden ist; da nun die Verliegenschaftung nur das gegenwärtige Fahrnißvermögen, oder das künftige oder nur einen Theil von beiden zugleich, oder einen allein, oder sogar gewisse bezeichnete Fahrnißstücke betreffen kann, und sie auch nur von einem der Ehegatten allein, oder von dem Einen in geringerem Umfange als von dem Anderen bedungen werden kann, so folgt daraus, daß sie weit, sehr weit, entfernt ist im Gesetzbuche die Dublette der Errungenschaftsgemeinschaft vorzustellen. Der zweite Grund scheint mehr für sich zu haben; muß aber vor den Art. 1511 und 1514 verschwinden, namentlich dann, wenn man deren Verfügungen mit dem Beweggrunde, aus dem sie geflossen sind, zusammen hält.

Im früheren Rechte hatte man sich nemlich darüber gestritten, ob nicht der Ehegatte, welcher eine feste Summe oder bezeichnete Gegenstände in die Gemeinschaft einzubringen verspricht, und dadurch die Gesammtheit seiner Fahrnisse dem Gemeinschaftsvermögen entzieht, gerade darum alle seine Schulden, die aus der Zeit vor der Ehe herrühren, auf sich behalten müsse.

Lebrun hatte sich für die verneinende Antwort entschieden; aber Pothier widerlegte ihn mit den Worten: „Wenn die Coutumes die Gemeinschaft mit den fahrenden Schulden der Ehegatten aus der Zeit vor der Ehe belasten, so geschieht dies darum, weil sie die Gesammtheit ihrer fahrenden Habe, worauf, nach den Grundsätzen des älteren französischen Rechts, die fahrenden Schulden haften, in diese Gemeinschaft ziehen. Wenn aber die Ehegatten ihr Gemeinschaftsvermögen anders zusammengesetzt und, anstatt die Gesammtheit ihrer fahrenden Habe in dieselbe einzuwerfen, nur eine gewisse Summe oder bestimmte Stücke eingeworfen haben, dann muß man aus entgegengesetztem Grunde behaupten, daß die Schulden aus der Zeit vor der Ehe nicht auf dieser Gemeinschaft haften können; denn die Schulden sind nur eine Last von einer Gesammtheit von Gütern: Aes alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est (No. 352)." Das Gesetzbuch hat diese Ansicht Pothier's im Art. 1511 aufgenommen ....

Eine annaloge Controverse bestand darüber, ob eine Frau, die sich die Rücknahme ihres Einbringens stipulirt, diese Rücknahme je anders bewerkstelligen könne, als indem sie der Gemeinschaft für ihre Schulden aus der Zeit vor der Ehe, die diese Gemeinschaft bezahlt hat, Vergütung leistet. Lebrun stellt die bejahende Antwort auf; aber Pothier hat auch diese Ansicht widerlegt, indem er nachwies, daß die Grundsätze des Rechts, wie die der Billigkeit der Frau nur unter der Bedingung gestatten, ihr Fahrnißvermögen zurückzunehmen, daß sie auch ihre fahrenden Schulden auf sich nimmt, als welche davon unzertrennlich sind, quum bona non intelligantur nisi deducto aere alieno (No. 411), und auch diese Ansicht ist im Gesetzbuche in Art. 1514 aufgenommen ... Wenn dies nun so sich verhält, wie ist da ein Zweifel möglich? Wie kann sich ein Ehegatte, der Nichts in die Gemeinschaft einbringt, von seinen Schulden frei machen, wenn der, welcher eine bestimmte, vielleicht sehr beträchtliche, Summe in dieselbe einlegt, mit den seinigen behaftet bleibt? Wie kann eine Frau von Zahlung ihrer Schulden frei werden, wenn sie kein Einbringen macht, während sie gehalten ist, solche zu zahlen, um ihr Recht, ihr Einbringen, das sie gemacht, zurückzunehmen, auszuüben? Offenbar nimmt das Gesetz den Grundsatz an, den Pothier von Neuem aufgestellt hat, daß die fahrenden Schulden eine Last der Gesammtheit des Fahrnißvermögens sind, und die Ansicht von Delvincourt und Battur muß deßhalb verworfen werden. Daraus folgt, daß der Ehegatte, der die Gesammtheit seines gegenwärtigen und künftigen Fahrnißvermögens ausschließt, alle seine gegenwärtigen und künftigen Schulden bezahlen muß (künftige Schulden sind hier übrigens nur die von anerfallenden Erbschaften und Schenkungen); wer nur seine gegenwärtige oder künftige Fahrnisse oder einen sovielsten Theil der einen oder anderen oder von beiden ausschließt, trägt nur die gegenwärtigen oder nur die künftigen Schulden oder einen sovielsten Theil der nemlichen Schulden. Derjenige, welcher nur eine Summe oder bestimmte Gegenstände verliegenschaftet, nimmt keinen Theil der Schulden auf sich. ..

Adrian Pfaff.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 41.

I.

Ueber die Beweisschuldigkeit.

(Marcadé ad Art. 1315.)

§. 1.

Der Beweis eines jeden Anspruchs liegt demjenigen ob, welcher ihn erhebt, und welcher den vorigen Stand der Dinge umstoßen will.

Der gesunde Menschenverstand sagt es uns, daß immer der, welcher eine Behauptung aufstellt, die sein Gegner bestreitet, solche beweisen muß; wenn Du einen Anspruch an mich erhebst, den ich in Abrede stelle, so hast Du die Begründetheit desselben darzuthun und nicht ich habe dessen Unrichtigkeit zu beweisen.

Das will wohl auch der Art. 1315 ausdrücken, wenn er sagt, daß der, welcher Gläubiger zu sein behauptet, seine Forderung beweisen müsse; und daß der Schuldner, der frei geworden sein will, sein Freiwerden darzuthun habe. Der Satz ist aber nicht allgemein genug gefaßt und man muß in einer allgemeineren und absoluteren Weise sagen, daß immer derjenige, welcher einen neuen Anspruch erhebt, denselben zu beweisen habe, welcher Art er auch sein mag.

Wenn ich, um hier ein Beispiel zu nehmen, das uns die Disposition des Art. 1302 bietet, behaupte: Du habest Dich verpflichtet, mir ein bestimmtes Pferd zu liefern, dann habe ich, im Falle Du läugnest, Deine Verbindlichkeit zu beweisen. — Wenn zwar meine Forderung niemals von Dir geläugnet worden, oder Dir gegenüber bewiesen erscheint, Du aber behauptest sie sei durch den zufälligen Tod des geschuldeten Pferdes erloschen, und ich diesen Punkt bestreite, dann hast Du zu beweisen, daß das Thier wirklich durch Zufall zu Grunde ging. — Ist diese Thatsache von mir anerkannt oder durch Dich bewiesen und ich behaupte, daß dieser zufällige Tod Dir zuzurechnen sei, und daß Du mir eine Schadloshaltung schuldest, weil, ohne ein von Dir vor dem Zufalle begangenes Verschulden, das Pferd nicht gefallen wäre; wenn ich z. B. sage, Du seiest im Lieferungsverzuge gewesen als das Ereigniß eintrat, und daß ohne diese verschuldete Verzögerung das Pferd dem Brande oder dem beliebigen Zufalle, in dem es umkam, entgangen sein würde, dann habe ich das Verschulden, welches ich Dir vorwerfe, zu beweisen. — Stellest Du Deinerseits die Behauptung auf, daß das Thier, auch im Falle rechtzeitiger Lieferung, bei mir, ebenso wie bei Dir, zu Grunde gegangen wäre, dann hast Du den Beweis dieser neuen Behauptung zu erbringen.

§. 2.

Fortsetzung und Sinn der Grundsätze: Probatio incumbit actori. — Ei qui dicit, non ei qui negat.

Demnach darf man die Regel: „actori incumbit probatio" ja nicht wörtlich nehmen und meinen, es liege der Beweis einer jeden bestrittenen Behauptung immer demjenigen ob, welcher Kläger im Prozesse ist; vielmehr hat der, welcher diese Behauptung aufstellt, welcher sich in seinem Interesse und gegen seinen Gegner darauf beruft, den Beweis derselben zu liefern, mag er im Uebrigen Kläger oder Beklagter sein.

Man kann allerdings behaupten, die Regel actori etc. sei absolut und immer wahr; dies ist aber nur dann der Fall, wenn man sie mit Unterscheidung auffaßt und durch das Wort actor nicht allein den bezeichnet, welcher die Klage vor Gericht erhebt, sondern den (einerlei ob klagenden oder beklagten) Theil, welcher gegen den Anderen ein neues Element der Entscheidung vorbringt, welcher handelt und vorwärts geht, indem er etwas Neues behauptet, welcher wenigstens in einem Punkte den status

quo, den Zustand in dem sich die Dinge befinden, das Ganze der Thatsachen oder Begriffe, welches wirklich schon, sei es durch bereits gelieferte Beweise oder gegebene Anerkenntnisse, oder durch die gewöhnliche Natur der Sache dargethan ist, zu ändern und umzustoßen strebt. Mit einem Worte, die Regel actori etc. ist nur dann absolut wahr, wenn man sie eben so gut auf den Beklagten, der zur Rechtfertigung seiner Vertheidigung schreitet (agit), als auf den Kläger, dem der Beweis seiner Klage obliegt, anwendet, und wenn man an die Seite der Regel Actori incumbit probatio, die andere Reus excipirendo fit actor, zu setzen nicht unterläßt. — Dies ist ganz trefflich ausgeführt in einem Urtheile von Grenoble vom 14. Juli 1832. Das Gericht erster Instanz hatte den Argoud'schen Eheleuten, weil sie Kläger im Prozesse waren, den Beweis auferlegt, daß eine Dienstbarkeit, die auf ihrer Wiese angesprochen wurde, nicht bestehe; aber der Gerichtshof, gestützt auf den allgemein anerkannten Grundsatz, daß die Freiheit der Besitzungen der natürliche und normale Zustand ist, änderte diese Entscheidung ab und legte denen den Beweis auf, welche das Dienstbarkeitsrecht zu haben behaupteten, obgleich sie die Beklagten waren. (Dev. 33. 2. 11.)

Mit gleicher Vorsicht muß man den weiteren Grundsatz auffassen, der so oft angewendet wird, und zuweilen falsch verstanden worden ist, daß nemlich der Beweis dem obliege, welcher behauptet und nicht dem, welcher verneint: ei qui dicit, non ei qui negat. Wenn diese Regel wahr sein soll, dann muß man unter dem is qui dicit denjenigen verstehen, welcher einen Anspruch erhebt, welcher eine neue Behauptung in den Streit bringt, mag er nun das läugnen, was zu sein scheint, oder das behaupten, was nicht zu sein scheint; umgekehrt ist der is qui negat derjenige, welcher durch ein Läugnen oder ein Behaupten die neue Anführung widerspricht, sie zurück weiset, um in statu quo zu bleiben.

Aeltere Glossatoren verstanden diese Regel anders, indem sie sich auf eine schlecht ausgelegte Stelle des Gesetzbuchs Justinians beriefen. L. 23 Cod. III. 19 erklärt nemlich, ein Kläger, dem es nicht möglich ist, seinen Anspruch zu beweisen, könne den Beklagten nicht zwingen, das Gegentheil zu beweisen; denn, sagt sie, der, welcher die Thatsache läugnet, hat nach der Natur der Sache keinen Beweis zu liefern: actor quod asseserat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non astringit; cum, per rerum naturam, factum negantis probatio nulla sit. Die letzten Worte, factum probatio nulla hatten, wie wir sehen, und was auch aus dem Ganzen des Satzes deutlich hervorgeht, einen blos relativen Sinn: es wollte damit gesagt werden, daß der Beklagte, welcher die ihm gegenüber behauptete Thatsache läugnet, Nichts zu beweisen habe, daß man keinen Beweis zu liefern habe, wenn man sich defensiv verhält, sich auf das Abläugnen beschränkt. Die Glossatoren trennten diese Worte von dem übrigen Theile des Satzes, nahmen sie in einem absoluten Sinne und leiteten daraus den allgemeinen Grundsatz ab: „wer läugnet hat niemals Beweis zu führen, jeder Beweis einer Abläugnung ist nach der Natur der Sache selbst unmöglich." — Da sie jedoch mehrere Stellen fanden, welche die Nothwendigkeit verneinende Behauptungen zu beweisen unterstellte, und somit ihre angebliche Grundregel Lügen straften, so beschränkten sie diese auf eine sonderbare Weise, indem sie sich vier Klassen von Verneinungen ausdachten, von denen, wie sie sagten, drei bewiesen werden konnten und mußten, während die letzte allein es nicht konnte: die Verneinung eines Rechts, die Verneinung einer Eigenschaft, die Verneinung einer bestimmten Thatsache (d. h. die in ihren Umständen genau bezeichnet ist), und die Verneinung einer unbestimmten Thatsache.

Diese Spitzfindigkeiten, die zur Unterstützung eines irrigen Grundsatzes erdacht worden sind, den man heut zu Tage noch zuweilen anrufen hört, sollten doch endlich mit diesem Grundsatze selbst bei Seite gelegt werden. Alle diese Ansichten, welche sicherlich schon längst ihren Tod gefunden hätten, wenn nicht der Schlendrian die größte Macht der Welt wäre, sind im siebenzehnten Jahrhundert glorreich von dem deutschen Rechtsgelehrten Coccejus widerlegt worden; und sehr lange vorher hatten Bartholus und Marcadus ausdrücklich gelehrt, daß, „so oft eine Verneinung die Grundlage des Anspruchs einer Partei, sie mag die klagende oder beklagte sein, ist einerlei, ausmacht, die Partei den Beweis zu führen hat, ohne daß man unterscheiden dürfte, ob die Verneinung das Recht, eine Thatsache, oder eine Eigenschaft betreffe." Ubicumque negatio est causa intentionis alicujus, sive agentis, sive excipientis, ei qui negat incumbit onus probandi .... sive sit negativa juris, sive facti, sive qualitatis.

Abgesehen davon, daß es fast keine Verneinung gibt,

die sich nicht in eine entgegengesetzte Bejahung umwandeln und somit beweisbar machen ließe, ist es in der That einleuchtend, daß in den ziemlich seltenen Fällen, wo der Beweis der Verneinung unmöglich erscheint, es eben ein Unglück für den ist, welcher den Anspruch auf Grund dieser Verneinung erhebt; darin liegt aber kein Grund, demjenigen Beweise aufzubürden, welcher Nichts fordert und sich begnügt den Beweis der gegen ihn gerichteten Angriffe abzuwarten. Uebrigens ist auch in diesen Fällen der Stand der Partei, welche den neuen Anspruch erhebt, kein so betrübter, als er auf den ersten Anblick scheinen mag. Denn wenn diese Partei auch ihre Behauptung nicht vollständig beweisen kann, so kann sie vielleicht wenigstens gewisse Thatsachen, gewisse Umstände beweisen, welche dieser Behauptung einige Wahrscheinlichkeit und einen gewissen Grad von Beweis verleihen. Dieser Anfang eines Beweises aber ermächtigt den Richter nach den Worten des Art. 1367 seine Entscheidung auf den Eid zu stellen, welchen er entweder dem Gegner, oder sogar der Partei auferlegt, welche den Anspruch erhebt; und die Weigerung des Beklagten (einerlei ob er in Bezug auf die Klage, oder auf die Einrede als Beklagter erscheint) seinerseits einen Gegenbeweis zu liefern, welcher für ihn leicht zu erbringen und den nicht zu liefern für ihn von keinem Vortheile wäre, genügt dessen Verurtheilung auf den blosen Eid seines Gegners hin herbeizuführen.

Hiernach liegt die beste Antwort auf die Frage, durch wen der Beweis zu liefern sei, nicht darin, daß man sagt, der Beweis liege dem Kläger ob; eben so wenig darin, daß man sagt, er liege dem ob, der bejaht und nicht dem, der verneint. Diese zwei Sätze an sich sehr richtig, wenn man sie versteht, wie sie verstanden werden müssen, haben einen zweideutigen Sinn, der in die Irre leiten könnte. Man muß sich so ausdrücken: jeder neue Anspruch, jede Behauptung, die den wirklichen Stand der Dinge zu ändern strebt, muß von dem bewiesen werden, welcher sie aufstellt, und nie von dem, gegen welchen sie gerichtet ist und der sie bestreitet.

§. 3.

Anwendung dieses Grundsatzes auf eine Verbindlichkeit, deren Akt den Rechtsgrund nicht angibt; der Schuldner hat zu beweisen, daß kein Rechtsgrund bestehe. Irrthum Duranton's, Zachariä's ꝛc.

Diese so einfache Regel gibt unserer Absicht nach eine leichte Lösung einer eben so wichtigen als bestrittenen Frage, bezüglich deren die meisten Schriftsteller, namentlich Duranton (X. 355) und Zachariä (§. 344 Note 7) uns in einen Irrthum zu gerathen scheinen, den sich der Gerichtsgebrauch nicht zu Schulden kommen läßt.

Wenn eine Schrift, die einen einseitigen Vertrag, eine Verbindlichkeit beurkundet, welche Jemand mir gegenüber ohne entsprechende Gegenverbindlichkeit von meiner Seite übernimmt, die Ursache der Verbindlichkeit nicht angibt, wenn Du z. B. eine Handschrift des Inhalts unterschrieben hast: „Ich anerkenne dem N. die Summe von 500 fl. zu schulden, und werde sie ihm zu der und der Zeit zahlen", ohne anzugeben, warum diese Summe geschuldet wird, hat dann der angebliche Gläubiger zu beweisen, daß eine erlaubte Vertragsursache vorhanden sei, oder hat der angebliche Schuldner darzuthun, daß eine solche nicht existire?

In unseren Augen ist die Antwort sehr einfach. Da von zwei widersprechenden Behauptungen, diejenige bewiesen werden muß, welche darauf abzielt den status quo zu ändern, den Inbegriff der Thatsachen oder Bestimmungen, die bereits, sei es durch Beweise oder frühere Zugeständnisse, sei es nach dem gewöhnlichen Naturlauf der Dinge, festgestellt sind, umzustoßen, so liegt dem der hier als Schuldner erscheint und der dennoch behauptet es nicht zu sein, der Beweis ob, daß er es in der That nicht sei .... Wenn ich von Dir 500 fl. unter Vorlage einer Urkunde fordere, in welcher Du Dich verbindlich erklärst, mir solche zu zahlen, dann ist es klar, daß ich Nichts an der früheren Ordnung ändere, und daß mein Anspruch ganz einfach darauf geht, den Dingen ihren normalen und regelmäßigen Lauf zu geben: Du hast Dich für meinen Schuldner erklärt und ich fordere, daß man Dich als solchen behandle; es gibt nichts Natürlicheres. Wenn Du mir dagegen antwortest, daß Du in Wahrheit eine Urkunde unterschrieben habest, daß solche aber zerrissen werden müsse; daß Du Dich meinen Verpflichteten genannt habest, daß Du es aber doch nicht seist, dann bist Du es, der das Bestehende umwerfen will, der das anficht, was er selbst begründet hat, der die Offensive ergreift und Actor excipiendo wird. Du hast also den Beweis Deiner Behauptung zu liefern .... Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, daß derjenige, welcher sich den Gläubiger nennt, das Vorhandensein der verschiedenen Voraussetzungen, von welchen das Zustandekommen seiner Forderung abhängt, und folglich das Vorhandensein einer Ursache der Verbindlichkeit, nachweisen

müsse. Denn diese Ursache (wie die übrigen Erfordernisse) ist sofort, und vorbehaltlich des Gegenbeweises, dadurch schon gegeben, daß Du Dich für den Schuldner erklärt hast. Es liegt auf der Hand, daß man nach allgemeiner Regel und der gewöhnlichen Ordnung der Dinge, keine Verbindlichkeit unterschreibt, wenn man Nichts schuldig ist. Es kann das allerdings vorkommen (und gerade weil die Thatsache möglich ist, erlaubt man Dir sie zu beweisen), aber das ist die Ausnahme, die Aenderung des normalen und gewöhnlichen Zustandes. Nun hat man aber nicht nöthig die Regel der Ausnahme gegenüber, sondern vielmehr die Ausnahme der Regel gegenüber zu beweisen.

Hat man doch gesehen, wohin die entgegengesetzte Ansicht führt! Was Duranton, Zachariä, Dalloz und Andere von der Ursache sagen, müßte man auch von den übrigen Erfordernissen der Entstehung oder sogar der Rechtsgültigkeit einer Verbindlichkeit sagen. Der Verpflichtete würde zu seinem Gläubiger sagen: „Um meine Verurtheilung zur Zahlung zu erwirken, ist erforderlich, daß Du eine wirksame und rechtsgültige Forderung nachweisest; beweise also, daß ich volljährig, daß ich nicht entmündigt war, daß ich in freier Entschließung gehandelt habe &c." Denn wenn das Gesetz eine erlaubte Ursache verlangt, so verlangt es auch die Rechtsfähigkeit des Theils, welcher sich verbindlich macht, es verlangt eine Einwilligung frei von Irrthum, Zwang und Betrug; und wenn der Gläubiger gehalten ist, das Dasein des ersten Erfordernisses nachzuweisen, so ist nicht abzusehen, warum er vom Beweise der übrigen frei bleiben sollte . . . Das Richtige liegt darin, daß man von dem Augenblicke an, wo eine Person verbindlich zu sein anerkannt hat, annehmen muß, sie sei es in der That, bis sie das Gegentheil beweist; und dies gilt sowohl von der Ursache, als den anderen Erfordernissen, weil das Anführen der Ursache in der Rechtsurkunde nicht nothwendiger ist, als das der anderen Erfordernisse.

Man darf ja nicht sagen, dem Schuldner werde dadurch der absolut unmögliche Beweis einer unbestimmten Verneinung auferlegt, und er werde nothwendiger Weise auch dann unterliegen, wenn sein Anspruch auch vollständig begründet wäre. Das wäre ein grober Irrthum; und der Stand dieses Schuldners ist ein so betrübter, wie man ihn darstellen will . . . . Entweder handelt es sich um eine falsche Ursache, d. h. um eine Ursache, die man vorhanden glaubte und die nicht vorhanden ist; oder das Rechtsgeschäft hat eine wirkliche, aber gesetzwidrige Ursache; oder die Ursache war eine zukünftige, die nicht eingetreten ist, oder eine successive, die aufgehört hat zu bestehen; oder endlich, es mangelte gänzlich an jeglicher Ursache, dann war der, welcher den Akt unterschrieben hat, blödsinnig (denn nur eine ihres Verstandes beraubte Person kann sich ohne Beweggrund verbindlich machen). Nun verwandelt sich die Verneinung in allen diesen Fällen in eine Bejahung einer sehr positiven Thatsache, deren Beweis leicht sein muß *), und wenn es wahr ist, daß der Gläubiger sich immer (außer den Fällen des Wahnsinns, dessen einmal gelieferter Beweis, ihm keine Antwort mehr zuließe) mit dem Vorgeben durchhelfen könne, daß, wenn der Gegner seine Behauptung auch wahrscheinlich mache, er doch keinen Beweis derselben liefere, weil die Verbindlichkeit jede beliebige andere Ursache haben könne, als die, deren Mangel er nachweist, so darf man nicht vergessen, daß die Wahrscheinlichkeit, welche dieser Schuldner seinem Vorbringen gibt, dem Richter gestattet, Angesichts des bösen Willens des Gläubigers (der sich etwa begnügt zu sagen: „es ist eine gültige Ursache vorhanden, die ich kenne, aber ich will sie nicht angeben), auf den Eid dieses Schuldners zu greifen.

Der Schuldner muß also in diesem Falle sein Vorbringen beweisen; und dieser Punkt, der früher schon durch das Parlament von Paris für die Länder des Gewohnheitsrechts und durch das Parlament von Toulouse für die des geschriebenen Rechts anerkannt war, hat auch unter unserem Gesetzbuche **) durch Urtheile (obgleich Duranton keines derselben anführt, sogar nicht in seiner Ausgabe augmentée de l'analyse de la jurisprudence) seine Anerkennung gefunden.

Diese Ansicht darf um so weniger zweifelhaft erscheinen, als durch andere zahlreiche Urtheile und sogar durch Schriftsteller, welche wir bekämpfen, anerkannt wird, daß der Mangel einer Ursache durch den Unterzeichner bewie-

*) Duranton sagt, im Falle einer falschen Ursache, werde es dem Schuldner leicht sein, die Falschheit der Ursache zu beweisen, es sei ihm aber absolut unmöglich, den gänzlichen Mangel der Ursache zu beweisen. - Das ist ein handgreiflicher Irrthum, denn die Thatsache einer Verpflichtung ohne irgend eine Ursache kann nur das Ergebniß eines Mangels des Verstandes sein und der Blödsinn ist gewiß eine Sache, die vollkommen beweisbar ist.

) **Devill. 5. 2. 190; 8. 2. 27; 32. 2. 575; 49. 1. 113. — In gleichem Sinne: **Maleville (Art. 1131), Marbau (Transact. No. 157). R. de Villargues (V° Cause des oblig.), Bonnier Preuves, No. 557). Poujol (Art. 1131, No. 8.).**

sen werden muß, wenn die Urkunde die Worte enthält, ich anerkenne schuldig zu sein: nur dann, wenn man gesagt hat ich werde bezahlen, oder ich verpflichte mich zu bezahlen, wollen diese Schriftsteller die Beweislast auf den Gläubiger wälzen. Diese von den älteren Autoren erdachte Unterscheidung, die im Staatsrathe wieder aufgewärmt wurde, und heut zu Tage noch, namentlich an Duranton, ihre Vertheidiger findet, ist sie nicht eine Kinderei? Wie kann es die Vernunft, der gesunde Menschenverstand zulassen, einen Unterschied zwischen dem zu finden, der sagt, „ich anerkenne dem N. die und die Summe schuldig zu sein" und dem, der sagt, „ich verpflichte mich, an den N. die und die Summe zu bezahlen?" erkennt man sich etwa nicht als Schuldner an, wenn man sich verpflichtet erklärt zu zahlen? Schuldner oder verpflichtet zu sein, kömmt auf Eins heraus; und Duranton selbst erklärt es ausdrücklich an einem andern Orte (XIII. 321 al 6).

Die Frage kann sich übrigens nur bei dem einseitigen Vertrage aufwerfen, denn wäre die Urkunde über einen synallagmatischen Vertrag abgefaßt, so wäre die Ursache einer jeden Verbindlichkeit nothwendig darin ausgesprochen, weil sie gerade im Gegenstande der anderen Verbindlichkeit liegt. Adrian Pfaff.

II.

Hofgericht des Unterrheinkreises.

Zur Erläuterung des L.R.S. 1793.

Schmidt gegen Schäfer.

Am 19. April 1845 schloß Zimmermeister Schmidt von Heidelberg mit Wagner Schäfer daselbst einen Vertrag ab, nach welchem sich ersterer dem letzteren gegen Zahlung einer Summe von 563 fl. 29 kr. verpflichtete, die Zimmerarbeit zu liefern, welche zu den projectirten Bauveränderungen an dessen Wohnhause nach einem von Baumeister Greif gefertigten Plane erforderlich waren.

Der Uebernehmer verpflichtete sich dabei ausdrücklich, jede im Bau vorkommende Zimmerarbeit ohne weitere besondere Vergütung zu fertigen und keine Nachrechnung zu bringen. Nach dem Plane sollte das Haus dreistöckig aufgeführt werden. Als damit bereits begonnen war, entschloß sich Wagner Schäfer noch einen vierten Stock aufführen zu lassen, übertrug jedoch die hiezu nöthige Zimmerarbeit dem Maurermeister Beiler, während die zu den übrigen 3 Stockwerken und zu dem Dache von Zimmermeister Schmidt gefertigt wurde.

Noch in demselben Jahre schloß Wagner Schäfer einen weitern Vertrag mit Zimmermeister Schmidt und Zimmermann Reiher ab, wornach sich letztere verpflichteten dem erstern um die Summe von 1130 fl. eine Werkstätte nach einem bestimmten Plane zu erbauen, dabei insbesondere zusicherten, alle zu diesem Baue gehörigen auch nicht speciell im Vertrag benannten Arbeiten herzustellen und keine Nachrechnung zu bringen. Während des Baues entschloß sich jedoch Schäfer, die Werkstätte 14—15′ länger machen zu lassen und übertrug auch diese Arbeit den beiden Zimmerleuten, welche sie sofort ausführten. Wagner Schäfer zahlte für beide Bauten in den Jahren 1845 und 1846 den Betrag von 1752 fl., theils an Zimmermeister Reiher, theils an Zimmermeister Schmidt, welch letzterer später die ganze Restforderung Reihers übertragen erhielt. Da Schmidt mit jenen Zahlungen seinen Anspruch nicht vollständig getilgt hielt, erhob er im verflossenen Jahre eine Klage, worin er von Wagner Schäfer weitere Zahlung von 858 fl. 17 kr. begehrte.

Zu deren Begründung trug er und zwar in Betreff der Forderung für die Bauveränderung im Wohnhause vor, daß der Vertrag vom 19. April 1845 durch die wesentliche Veränderung des seine Grundlage bildenden Bauplanes, welche sich sogar auf den untern zweiten und dritten Stock erstreckt und die Erbauung eines Giebeldachs statt des ursprünglich projectirten flachen, herbeigeführt habe, stillschweigend aufgelößt erscheine, daß jedoch zur Berechnung des Werkschillings für die auf Verlangen des Beklagten gefertigte Arbeit die im Voranschlag zu jenem Vertrage festgesetzten Preise als Maaßstab dienten, wogegen für solche Arbeiten, deren Preis im Voranschlag nicht vorgesehen sei, der ortsübliche Preis eintrete. Zum Beleg der stillschweigenden Auflösung des frühern Accords berief sich Kläger zugleich auf den Umstand, daß ihm Beklagter eine besondere Rechnung abverlangt habe, weil solche nun die frühere Accordsumme übersteigen werde.

Kläger berechnete nun in der Klage zuerst den Preis der von ihm gelieferten Arbeiten, welche zum ursprünglichen Accord gehört haben würden, wenn dieser nicht durch die Veränderung des Bauplans aufgelößt worden

wäre und gab solchen auf 984 fl. 26 kr. an. Sodann berechnete er andere Arbeiten, welche Beklagter zu seinem Neubau bestellt habe, und welche mit dem frühern Accord in keinem Zusammenhang stehen sollten, zu dem ortsüblichen Preise von 263 fl. 23½ kr.

Anlangend die Forderung für Erbauung der Werkstätte, so setzte Kläger dafür, daß er den vertragsmäßigen Werkschilling von 1130 fl. für die accordirte Arbeit noch weitere 268 fl. 27 kr., theils für die später gewünschte Verlängerung der Werkstätte, theils für besonders bestellte Arbeiten, z. B. einem Brunnenrost, ein Kellergebälke, Annageln von Windborden an beiden Giebeln, Herstellung von einem kleinen Zimmer im Speicher, Lieferung von Thorriegeln und Erbauung einer Stiege. (?)

Nachdem in den hierauf gepflogenen Verhandlungen der Beklagte als Forderung des Klägers nur die ursprüngliche Accordsumme von 563 fl. 23 kr. und 1130 fl., sowie einen Werkschilling von 167 fl. 51 kr. für Verlängerung der Werkstätte und endlich 28 fl. für Erbauung einer Stiege anerkannt und eine weitere Zahlung von 162 fl. bewiesen hatte, wies der Unterrichter die Klage ab.

Dagegen beschwerte sich der Kläger, jedoch ohne günstigen Erfolg.

Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe erklären nämlich die Werkschillingsforderung für Arbeiten, welche Kläger zu den um eine Bauschsumme übernommenen Veränderungen am Wohnhause und zur Aufführung der Werkstätte geliefert haben will, insoweit sie jene Bauschsumme übersteigt, nach L.R.S. 1793 vergl. mit L.R.S. 1799 für unbegründet und fahren fort:

Nach diesen beiden Sätzen kann derjenige, welcher die Aufführung eines Baues oder die Lieferung einzelner zu einem Baue gehörigen Arbeiten in Bausch und Bogen nach einem bestimmten Plane übernahm, keine Preiserhöhung für die Arbeiten verlangen, welche er in Folge einer Abweichung vom ursprünglichen Plane fertigte, wenn er nicht

1) schriftlich vom Bauherrn zu diesen Abweichungen ermächtigt worden war und
2) die durch die Abweichungen veranlaßte Preiserhöhung zum Voraus, sei es mündlich oder schriftlich, bestimmt worden war.

Diese gesetzliche Vorschrift, von dem Gedanken dictirt, daß die Bauherren eines besonderes Schutzes gegen Uebervortheilungen von Seiten des Bauunternehmer bedürfen, bezieht sich eben so gut auf den Fall, wenn der Bauunternehmer einseitig den ursprünglichen Plan ändert, wie auf den, wenn der Bauherr der Aenderung zustimmt oder sie selbst veranlaßte.

Da hiernach eine Beurkundung über die verabredete Abweichung vom früheren Vertrag ein wesentliches Erforderniß zur Gültigkeit der Uebereinkunft bildet, so ist eine blos mündlich abgeschlossene ungültig und ebenso selbst eine beurkundete alsdann, wenn nicht der Werkschilling ausdrücklich bestimmt worden ist.

Troplong, „du louage" No. 1016. 1018.
Duranton, IX. (XVI.) No. 256.
Duvergier, X. No. 366.
Laukhard's Rechtsfälle VI. S. 116. Brauer, III. S. 620.
Annalen XVII. 511. 512.

Kläger kann nun hinsichtlich der nach dem modificirten Bauplane gelieferten Arbeiten keine schriftliche Uebereinkunft, sowie keine den Preis, wenn auch nur mündlich, normirende behaupten. Es ist daher seine vom Beklagten nicht anerkannte Forderung rechtlich unbegründet.

Er sucht zwar die Anwendbarkeit des L.R.S. 1793 im vorliegenden Fall deßhalb zu bestreiten, weil sich beide Accorde auf Ueberschläge gestützt hätten, in welchen das zu verwendende Holz nach Zahl und Maaß mit Angabe des Preises für jeden Schuh angeführt gewesen sei, somit eine Bau-Uebernahme in Bausch und Bogen nicht vorliege. Allein wenn auch Baumeister Greif dem Beklagten einen Ueberschlag über die Kosten der vorzunehmenden Arbeiten mit Angabe des Holzes und Preises nach Schuhen gefertigt hatte und Kläger sich bei Uebernahme des Baues nach diesem Anschlag gerichtet haben mag, so hat er sich doch im Accord selbst die Zahlung einer bestimmten Summe, nicht Zahlung nach dem Maaße des zu liefernden Holzes zusichern lassen und, obgleich er sich ausdrücklich verpflichtete, auch jede sonstige noch vorkommende Zimmerarbeit zum Bau zu liefern, auf besondere Vergütung oder Nachrechnung hiefür zum Voraus verzichtet.

Er macht ferner geltend, daß der ursprüngliche Bauaccord durch stillschweigende Uebereinkunft aufgelößt worden sei, obgleich er anderseits bei Berechnung seiner Forderung die im Voranschlag zu jenem Accord angenommene Preise theilweise noch gelten läßt. Die Behauptung einer stillschweigenden Auflösung des Accords ist indessen rechtlich unzuläſſig. Ihre Zulassung käme einer Aufhe-

dung des L.R.S. 1793 gleich, welcher ja nur unter 2 bestimmten Voraussetzungen einen selbst von beiden Contrahenten ausdrücklich gefaßten Beschluß über eine noch so bedeutende Abänderung des Bauplans berücksichtigt wissen will, also bei dem Mangel jener Voraussetzungen in einem solchen Beschluß keine Aufhebung des ursprünglichen Bauaccords erblickt.

Wenn die mündliche Zusicherung des Bauherrn, die entstehende Preiserhöhung zahlen zu wollen, in den Augen des Gesetzes ungültig ist, so kann auch auf das Abverlangen einer Rechnung nach vollendeter Arbeit, wie dieses von Seiten des Beklagten geschehen sein soll, ein rechtliches Gewicht nicht gelegt werden.

Uebrigens mag sich diese Rechnung auch nur auf die durch Verlängerung der Werkstätte entstandenen, vom Beklagten auch im Prozeß übernommenen Kosten bezogen haben &c.

Kah.

III.

Wie wird das Eigenthum am eigenen Vermögen bei der Errungenschaftsgemeinschaft bewiesen.

(Marcadé ad Art. 1499 III.)

Bei der Errungenschaftsgemeinschaft, wie bei der gesetzlichen Gütergemeinschaft, wird jedes Vermögensstück so lange für gemeinschaftlich angesehen, als nicht einer der Ehegatten nachweist, daß es ihm eigen sei. Bei Liegenschaften ist der Beweis sehr einfach, da die Quelle, aus der sie herkommen, immer leicht außer Zweifel zu setzen ist. Davon spricht auch das Gesetz nicht. Bezüglich der Fahrnisse bedarf diese Frage aber eine nähere Erörterung.

Die regelmäßigen Beweismittel sind entweder ein Inventar, das gerade zu dem Zwecke aufgenommen worden ist, um die eigenen Fahrnisse von denen der Gemeinschaft zu scheiden, oder ein gehörig beschaffenes Verzeichniß, wie ein solches, das einer Vormundschaftsrechnung einverleibt, oder einer Fahrnißschenkung angehängt ist, ein Verzeichniß, welches die Aufnahme eines Inventars ad hoc überflüssig macht. Nach den Worten des Art. 1499 findet diese Regel sowohl auf die Fahrniß Anwendung, welche zur Zeit des Eheabschlusses schon vorhanden ist, als auch auf die, welche den Ehegatten während der Dauer der Ehe anerfällt.

In Ermangelung eines solchen Inventars und Verzeichnisses müssen wir zwei Fälle unterscheiden.

Je nach dem die während der Ehe anerfallene Fahrniß dem einen oder anderen Ehegatten gehört, schlagen ganz verschiedene Regeln ein. Da der Ehemann natürlicher Weise verpflichtet ist, für Aufnahme des Inventars zu sorgen, welches durch das Anerfallen einer nicht anders wie beurkundeten Fahrniß nothwendig wird, so kann sich dieser Ehemann, wenn ihm diese Fahrniß anerfallen ist, nicht über den Mangel der Beurkundung beschweren, und die Fahrnisse seines persönlichen Eigenthums, über die er nicht das regelrechte Beweismittel schafft, verbleiben der Gemeinschaft. Dagegen kann die Frau aus dem nemlichen Grunde und in Berücksichtigung ihrer abhängigen Lage den Beweis durch alle Mittel, selbst den gemeinen Ruf, liefern. So entscheidet Art. 1504 für einen Fall, der mit dem vorliegenden annalog oder vielmehr identisch ist. Die Erben der Frau haben übrigens das gleiche Recht wie diese selbst; und umgekehrt haben die Erben des Mannes nicht mehr Recht als ihr Vorfahrer, sofern sie sich nicht auf die Behauptung stützen können, daß die Inventarisirung absichtlich unterlassen wurde, um die Frau zum Nachtheile des Pflichttheils der Erben zu begünstigen: in diesem Falle können sie sogar durch den gemeinen Ruf den Beweis liefern, weil die Arglist durch alle Mittel bewiesen werden kann.

Bezüglich der Fahrniß, welche die Ehegatten bei ihrer Verehelichung schon besitzen, werfen sich zwei Fragen auf: die erste ist die, ob das Inventar, das erst nach der Trauung aufgenommen worden, dennoch wirksam ist. So viel ist, nach Analogie des Art. 1510, allgemein anerkannt, daß es den Gläubigern der Eheleute nicht entgegengehalten werden kann, und die Schwierigkeit liegt nur darin, ob es zwischen den Ehegatten selbst wirkt. Bugnet (Pothier No. 298) verneint dies, gibt aber keinen Grund dafür an, und wir sehen in der That nicht ein, warum man nicht dafür stimmen soll, wie Pothier (loc. cit) lehrt. Muß man, in Ermangelung eines Inventars, hier, wie bei der Fahrniß, die während der Ehe anerfällt, die Bestimmung des Art. 1504 in Anwendung bringen? Das ist die zweite Frage; Toullier (XIII. 306) und Glandaz (No. 388) stimmen dafür; diese Ansicht ist aber unzulässig. Die Abhängigkeit der Frau von ihrem Manne, und die Verpflichtung des Letzteren, die Fahrniß dieser Frau inventarisiren zu lassen, treten erst nach Abschluß der Ehe ein: die beiden künftigen Eheleute

befinden sich in der gleichen Lage. Beiden steht es frei (selbst oder durch die, von denen sie abhängen), zu schalten und zu walten, wie es ihnen gefällt; Beide müssen folglich ganz gleich behandelt werden, und es ist offenbar keine Veranlassung da, den Einen zum Beweise durch den gemeinen Ruf zuzulassen, während man dem Andern nur den Beweis durch Urkunden gestattet. Man hat also die Wahl, ob man den Beweis durch gemeinen Ruf Beiden oder Keinem gestatten will. Für welche dieser beiden Ansichten haben wir uns nun zu entscheiden? Die Schriftsteller und die Gerichtshöfe sind über diese Frage noch verschiedener Ansicht, uns scheint sie aber ganz einfach. Der Zeugenbeweis ist nur denen ausnahmsweise gestattet, welche sich keinen schriftlichen Beweis verschaffen konnten; wenn nun die Frau sich während der Ehe in der Unmöglichkeit befindet, das ihr anerfallende Fahrnißvermögen inventarisiren zu lassen, so ist es klar, daß vor der Ehe keine Unmöglichkeit dieser Art weder für die Frau, noch für den Mann da ist, und daß sie Nichts hindert, in Ermangelung eines anderen gehörig beschaffenen Verzeichnisses, das nach Art. 1499 erforderliche Inventur aufstellen zu lassen. Während der Art. 1504 der Frau, aber nur der Frau, ausnahmsweise die Führung des Beweises durch den gemeinen Ruf gestattet, gestattet er ihr dies nur bezüglich des Fahrnißvermögens, das während der Ehe anerfällt, und das Gesetzbuch hütet sich in diesem Artikel, wie überall, das Gleiche von der Fahrniß zu sagen, die schon zur Zeit der Trauung vorhanden war. Für diesen Fall bleibt man also an die Regel des Art. 1499 gebunden, wornach die Fertigung eines Inventars erfordert wird, eine Regel die überdieß nur eine Anwendung der allgemeinen Prinzipien ist. Auch daraus kann Nichts gefolgert werden, daß dieser Beweis durch den gemeinen Ruf im früheren Rechte zulässig war; denn dieser frühere Gebrauch, der von Einfluß wäre, wenn das Gesetzbuch die Frage mit Stillschweigen übergangen hätte, verliert seine Bedeutung durch die entgegengesetzte Regel des Art. 1499.

Adrian Pfaff.

IV.

Ist zur gerichtlichen Verfolgung und Bestrafung der Unzucht mit Kindern unter 14 Jahren eine Anzeige nothwendig, wenn hiemit Blutschande concurrirt?

Gottlieb Sieger von A. war beschuldiget, mit seiner Tochter, als sie noch nicht 14 Jahre alt und noch nicht mannbar war, Unzucht getrieben zu haben. Die deßfallsige Untersuchung wurde nicht auf Anzeige der Tochter, sondern von Amtswegen eingeleitet. Es entstand nun die Frage, ob eine Anzeige nothwendig sei?

Nach §. 361 St.G.B. ist bei der Verführung von Kindern unter 14 Jahren in den Fällen, wo das Verbrechen von Eltern, Pflegeltern, Vormündern, Erziehern, Lehrern oder Aufsehern verübt wird, eine Anzeige nicht erforderlich. Diese Bestimmung ist aber auffallend genug nicht in den §. 338 aufgenommen. Gleichwohl wird sie arg. a minori ad majus auch bei der Unzucht mit Kindern gelten, da in diesem größeren Verbrechen das geringere Vergehen der Verführung immerhin mitenthalten ist. Zudem liegt eine ideale Konkurrenz der beiden Verbrechen, Unzucht mit einem Kinde und Blutschande vor, wenn der Vater mit seiner Tochter Unzucht treibt. Vrgl. Annalen XXI. S. 127. Zur gerichtlichen Verfolgung und Bestrafung wegen Blutschande ist nun aber eine Anzeige nicht nothwendig. Vrgl. §. 365 ff. St.G.B. Da bei der idealen Konkurrenz die mehrfachen Gesetzesübertretungen nicht von einander getrennt und nicht nach zweierlei Prozeßvorschriften behandelt werden können, so folgt daraus von selbst, daß bei der Unzucht mit Kindern eine Anzeige nicht nothwendig ist, wenn hiemit Blutschande zusammentrifft.

Von der Anklagekammer und dem Schwurgerichtshof in Konstanz wurde daher auch im obigen Falle eine Anzeige nicht für nothwendig gehalten. Hgr.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. **Jahrgang XXIII.** **No. 42.**

I.

1) Welches Rechtsmittel hat der in dem Vertheilungsbescheide übergangene Liquidant, nachdem jener Bescheid zum Vollzug gekommen ist?
   §§. 900. 901. 833 Pr.O.

2) Welche Wirkung hat der Widerspruch eines betheiligten Gläubigers gegen einen von den Vertretern der Masse anerkannten Anspruch?
   §§. 832. 833. 835. 836 Pr.O.

3) Vorzugsrecht der Saatkosten auf den Ertrag der Erndte.
   L.R.S. 2102. Ziff. 1.

Mathäus Bär, Pächter des dem adeligen Damenstift in Pforzheim gehörenden Hofguts zu Bocksthaft, kam in Gant.

Herz Maier von Thairnbach meldete in der Liquidationstagfahrt (unter No. 13 des Protokolls) 220 fl. und Zins von einem Jahre für verkauften Kleesamen und sprach für seine Forderung Vorzugsrecht an. Die Forderung wurde von dem Gantschuldner anerkannt, das Vorzugsrecht aber von dem Stifte widersprochen und nun von dem Liquidanten damit begründet, daß er dem Cridar im Jahr 1852 den fraglichen Kleesamen verkauft habe, und daß dieser auf Grundstücke des Hofguts ausgesäet worden sei, weßhalb dem Verkäufer auf den Ertrag des Samens an Kleeheu nach L.R.S. 2102 ein, selbst der Pachtherrschaft vorgehendes, Vorzugsrecht zustehe.

Den Beweis der Aussaat trat der Gläubiger an, indem er sich auf einen Zeugen berief und dem Cridar den Eid zuschob.

Der Gläubigerausschuß, welchem die Gläubiger die Fortführung der zu besonderem Austrag verwiesenen Forderungsstreitigkeiten und die Entscheidung der Frage, ob ein Gantanwalt hierfür zu ernennen sei, überlassen hatten, gestand, ohne die Ernennung eines solchen veranlaßt zu haben, das Thatsächliche der Begründung des Herz Maier'schen Anspruchs zu, überließ jedoch die Würdigung des behaupteten Vorzugsrechts dem richterlichen Ermessen. Allein von Seiten des Damenstifts erfolgte ebensowenig als von Seiten des Cridars eine Erklärung über die nachträgliche Begründung des Maier'schen Anspruchs auf Vorzugsrecht. [1])

Im Ordnungsbescheid vom 24. April 1854 wurde die Forderung des Herz Maier mit Stillschweigen übergangen. Die Verkündung dieses Bescheids fand am 24. Mai 1854 statt. H. Maier erschien hierbei nicht; er war gar nicht vorgeladen.

Der Vertheilungsbescheid wurde am 10. Januar 1855 eröffnet und kam auch zum Theil zum Vollzug.

Am 30. Januar 1855 machte Maier darauf aufmerksam, daß er übergangen sei, verkündete dem Gantrichter den Streit und verlangte, daß die Auszahlung der Verweisungen vorerst eingestellt, die fragliche Forderung nachträglich in die II. Ordnung eingereiht und die Gantverweisung hiernach abgeändert werde.

Der Gantrichter verwarf aber dieses Gesuch mit Bezug auf die §§. 900. 901 Pr.O. als unstatthaft.

Hiergegen führte Maier die Berufung aus und machte geltend, die Gantmasse sei noch nicht „ordnungsmäßig" vertheilt, wie §. 901 Pr.O. voraussetze,

[1]) Der Gantrichter sollte stets darauf achten, daß zu weiteren zufolge §. 845 Pr.O. anberaumten Tagfahrten nicht nur nach §. 829 Pr.O. der Gantschuldner und der Gantanwalt, sondern auch diejenigen Gläubiger vorgeladen werden, welche in der Liquidationstagfahrt als Gegner des Liquidanten sich kund gegeben haben. Vrgl. §. 835 Pr.O.

überdies der Massepfleger noch im Besitze von Massevermögen, da zwei Steigschillingsziele noch ausstehen.

Das Obergericht möge das amtliche Erkenntniß aufheben und entweder dem Amte aufgeben, nöthigenfalls nach weiterer Verhandlung — zu entscheiden — oder selbst die Entscheidung geben.

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises (III. Sen.) erkannte auf gepflogene Appellationsverhandlungen am 18. August 1855 zu Recht:

das Urtheil des großh. Bezirksamts Sinsheim vom 6. Februar 1855 No. 3330 besagend:

„die Bitte des Herz Maier von Thairnbach um Sistirung der Auszahlung der Gelder aus der Gant des Mathäus Bär von Bockschaft und um nachträgliche Locirung seiner Forderung mittelst eines Nachtrags zum Ganturtheil wird als unzuläßig verworfen"

sei aufzuheben und der Unterrichter anzuweisen, über die in der Gant geltend gemachte Forderung des Appellanten, sowie über das begehrte Vorzugsrecht, nöthigenfalls nach weiterer Verhandlung, nachträglich zu erkennen, die Kosten der Appellation aber seien den Appellaten zur Last zu legen.

Entscheidungsgründe.

ꝛc. Die vom Gantrichter angeführten Gesetzesstellen können dem Appellanten, der sonst ohne Verschulden von seiner Seite durch einen auffallenden Verstoß des Gantrichters um sein von ihm gehörig geltend gemachtes Recht gebracht werden würde, mit Erfolg nicht entgegengehalten werden; denn die Bestimmung der §§. 883 900 Pr.O., wonach das außerordentliche Rechtsmittel der Wiederherstellung nur so lange zuläßig, als die Gantmasse unter die Gläubiger noch nicht im Sinne des §. 900 Pr.O. vertheilt ist, setzt nothwendig ein rechtskräftig gewordenes Ganturtheil, beziehungsweise einen rechtskräftig gewordenen Vertheilungsbescheid voraus (vrgl. §. 1208 Pr.O.), während dem übergangenen, weder zum Ganturtheile noch zum Vertheilungsbescheide vorgeladenen Appellanten gegenüber ein rechtskräftiger Spruch überall nicht vorliegt, und ebensowenig von einer ordnungsmäßigen Vertheilung im Sinne des §. 901 Pr.O. da die Rede sein kann, wo ein Gläubiger, der seine Forderung anerkannt hat, mit Unterlassung jeder Benachrichtigung — gegen Ordnung und Recht — gänzlich übergangen wurde. [1]) Für einen solchen Fall müssen die Gesetze dem Verletzten ein rechtliches Schutzmittel gewähren, so lange die Lage der Verhältnisse noch eine Abhilfe zuläßt.

Da nun im vorliegenden Fall die Vertheilung noch nicht, wenigstens nicht vollständig, zum Vollzug gekommen ist, so kann eine weitere Verfolgung des Anspruchs des Appellanten und namentlich sein Recht, ein nachträgliches Erkenntniß über seinen Anspruch zu erlangen, um so weniger einem Zweifel unterliegen.

Hiernach ist dem Begehren des Appellanten gemäß zu erkennen und sind die Kosten der Berufung nach §§. 167 168 Pr.O. den Appellaten zur Last zu setzen, welche dem begründeten Gesuch des Appellanten entgegentraten. —

Der Gantrichter setzte nun die Forderung des Herz Maier in Thairnbach für Kleesamen der Pachtzinsforderung des Damenstifts in II. Ordnung vor.

Hiergegen führte dieses die Appellation aus.

In der zweiten Instanz war nun die Frage zu entscheiden, ob die zur Begründung des Vorzugsrechts vorgetragenen und nur vom Gläubigerausschuß zugestandenen Thatsachen als erwiesen anzunehmen seien.

Hierüber sprechen sich die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe in folgender Weise aus:

„Der allgemeine Widerspruch der Verwaltung des Damenstifts erstreckt sich, gerade weil er ein allgemeiner ist, und eine entgegengesetzte Absicht sich nicht ergibt, sowohl auf die thatsächliche als auf die rechtliche Begründung des Maier'schen Anspruchs auf Vorzugsrecht, [2]) und es ist zunächst zu erwägen, daß der Gläubigerausschuß in Ermanglung eines Gantanwalts an dessen Stelle gehandelt hat, weßhalb die Bestimmungen, welche die Funktionen des Gantanwalts betreffen, hier auch auf die einschlägige Handlung des Gläubigerausschusses angewendet werden müssen.

§. 904. 2. Pr.O.

Jahrb. VI. S. 144.

---

[1]) Ein Uebergehen eines angemeldeten Anspruchs ist blos in dem durch §. 847 Pr.O. vorgesehenen Falle zuläßig, übrigens dann mit Bezugnahme auf diesen §. zu begründen.

[2]) In der ausgedehnten Anwendung einer vorausgegangenen Vernehmlassung auf eine spätere Erklärung liegt immerhin ein regelwidriger Nothbehelf, der durch nachträgliche Erhebung einer ordnungsmäßigen Vernehmlassung vermieden werden kann.

Wenn nun §. 825 der Pr.O. verlangt, daß mit der Anmeldung der Forderung zugleich die Begründung des Vorzugs- oder Unterpfandsrechts verbunden werden müsse, und §. 829 der Pr.O. dem Gantschuldner und dem Gantanwalt die Auflage macht, sich auf jede Anmeldung, wie der Beklagte auf die Klage, vernehmen zu lassen, so ist, beim Mangel einer Unterscheidung zwischen Liquidations- und Prioritätsverfahren die Aufgabe des Gantanwalts dahin auszulegen, daß er sich sowohl über die Existenz und den Betrag der Forderung, als auch über das für sie in Anspruch genommene Rangverhältniß zu erklären habe.*)

Weiler, Motive zum Entwurfe der Pr.O. zu §. 861 und ff. S. 75 Ziff. 2.

Damit ist jedoch dem einzelnen Gläubiger unbenommen, insofern er ein Interesse hat, Einreden gegen die Ansprüche, in der Hauptsache sowohl, als gegen die angesprochenen Vorzugs- und Unterpfandsrechte, selbst in den Fällen vorzutragen, wo der Anspruch in beiden Beziehungen von dem Gantschuldner und Gantanwalt eingeräumt wurde. (§. 832 und ff. der Pr.O.)

Sind nun unter „Einreden" Einreden im eigentlichen Sinne, und nicht blos negative Einlassungen, beziehungsweise Widersprüche gegen die thatsächliche Begründung der Forderungen und des Vorzugs- oder Unterpfandsrechts zu verstehen, so wird man in §. 836 der Pr.O. den Fall als vorgesehen erblicken müssen, wo der einzelne Gläubiger im Gegensatz zu dem zugestehenden Gantanwalt die thatsächliche Begründung widerspricht. Man würde daher im vorliegenden Fall von dem appellantischen Theil die Behauptung verlangen, daß das Geständniß des Gantanwalts oder Gläubigerausschusses auf Irrthum oder Unwahrheit beruhe und von ihm den Beweis fordern müssen, welchen in entgegengesetzter Weise sonst der Appellant zu führen hätte, nemlich den Beweis, daß der Kleesamen nicht auf das Pachtgut gesäet worden sei. Anders würde sich wohl die Sache verhalten, wenn unter „Einreden" im §. 832 und ff. der Pr.O. nicht sowohl eigentliche Einreden, als Widersprüche jeder Art verstanden würden; denn dann würde §. 836 der Pr.O. nicht auf Widerspruch eines Gläubigers gegen das Zugeständniß des Gantanwalts und §. 832 der Pr.O. nicht auf die Unterlassung von eigentlichen Einreden von Seiten des Gantanwalts zu beziehen, daher §. 836 als von dem besondern Falle handelnd anzusehen sein, wo der das Geständniß des Gantanwalts anfechtende Gläubiger in der Liquidations- oder der zur Verhandlung besonders angesetzten Tagfahrt (§. 829 der Pr.O.) nicht widersprochen hat, mithin keine andere Erklärung als das Geständniß des Gantanwalts vorliegt, das alsdann nur auf die im §. 836 der Pr.O. vorgeschriebene Weise zu beseitigen ist. Vrgl. L.R.S. 1356 und §. 144—150 der Pr.O. Daß jene Auslegung und folgeweise auch die soeben ausgeführte des §. 836 der Pr.O. die richtige ist, dafür spricht, daß §. 835 d. Pr.O. die in den §§. 832 bis 834 der Pr.O. als Einreden bezeichneten Vertheidigungsmittel „Einwendungen" nennt, darunter aber, nach juristischem Sprachgebrauch Einreden im weiteren Sinne oder Widersprüche im Allgemeinen verstanden werden, daß ferner §. 835 der Pr.O. dem Gläubiger seine besonderen Einwendungen gegen vorgelegte oder vorgeschlagene Beweismittel und das Rechtsmittel der Berufung gestattet, ohne einen Einfluß der übrigen Gläubiger, beziehungsweise des Gantanwalts zuzulassen, daher nicht einzusehen ist, warum demselben bei der Einlassung ein den einzelnen Gläubiger so sehr benachtheiligender und ihm die Beweislast des Gegentheils aufbürdender Einfluß eingeräumt werden sollte. Es wäre dies insbesondere bei der Frage der Priorität mit der Stellung des Gantanwalts, beziehungsweise des Gläubigerausschusses nicht zu vereinbaren, da jener nur das Gesammtinteresse der Gläubiger und des Gantschuldners vertritt,

arg. §. 884 der Pr.O.,
Weiler, Motive zu §. 861 und ff.,
§. 920—922 der Pr.O.,
Bayer, Concursprozeß §§. 42. 64,
Oberhofgerichtliche Jahbücher 6. Jahrgang S. 144,

es dem Gemeinschuldner aber ganz gleichgültig sein kann, in welcher Ordnung die einzelnen Gläubiger zur Befriedigung kommen, auch bei dem Streit hierüber immer nur einzelne Gläubiger, nicht aber die ganze Gläubigerschaft interessirt sind.[5]) Es hatte daher Appellat bei dem Wi-

*) Durch Geltendmachung eines Vorzugs- oder Unterpfandsrechts will der Erlös einer Liegenschaft der Gesammtgläubigerschaft, welche durch den Gantanwalt vertreten wird, entzogen und von dem Gläubiger vorrechtsweise für sich in Anspruch genommen werden; der Gantanwalt ist daher berufen, einem solchen Beginnen im Interesse der vorrechtlosen Gläubiger geeigneten Falls entgegen zu treten.

[5]) Siehe Note 4.

derspruch des appellantischen Theils die seinem Vorzugsrechte zu Grunde liegenden Thatsachen zu beweisen. *) Diesen Beweis hat derselbe gemäß §. 826 der Pr.O. vorläufig durch Berufung auf den Zeugen Schaffner Stahl von Bockschaft und durch Zuschiebung des Eides an den Gemeinschuldner angetreten. Da Appellat nur einen Zeugen angerufen hat, so erscheint es zweckmäßig, statt sofort diesen Beweis zu erheben, eine Beweisauflage nach Ansicht des §. 828 der Pr.O. zu erlassen. (§. 315. 358 bis 360 der Pr.O.) Die weitere eventuelle Beschwerde des appellantischen Theils ist gegen die Begründung des Vorzugsrechtes gerichtet, indem der Mangel der Behauptung, daß beim Verkaufe die Verwendung des Kleesamens zur Aussaat auf dem Pachtgut ausdrücklich bedungen worden sei, gerügt wird. Allein L.R.S. 2102 Z. 1 gibt das Vorzugsrecht den Saatkosten ⁷) ohne jene ausdrückliche Bedingung beim Ankauf der Saatfrüchte zu verlangen. Es kann daher der Richter nach bekannten Grundsätzen eine Unterscheidung, welche das Gesetz nicht macht, nicht aufstellen. Eine analoge Anwendung des L.R.S. 2103 Ziff. 2 aber, welcher ein Vorzugsrecht auf Liegenschaften betrifft, und überdieß auf ganz verschiedenen Gründen beruht, ist durch nichts gerechtfertigt."

Nachdem dann der Appellat Maier den ihm von großh. Hofgerichte auferlegten Beweis angetreten hatte, daß aus dem im Jahr 1852 von ihm an Mathäus Bär verkauften Kleesamen das in der Gantmasse befindliche Kleeheu erzielt worden sei, verzichtete das Damenstift auf die Appellation.

Stf.

II.

Die Frau, welche sich der Gemeinschaft theilhaftig macht, kann ihre vom Manne veräußerten Liegenschaften nur zur Hälfte zurückfordern.

(Marcadé ad Art. 1428. III.)

Eine, sowohl von den älteren Schriftstellern als den Auslegern des Code sehr bestrittene Frage ist die, welche Rechte eine Frau, deren Imobilie von dem Ehemanne veräußert worden ist, bei Auflösung der Gemeinschaft in dem Falle hat, wenn sie sich der Gemeinschaft theilhaftig macht. So viel ist anerkannt, daß die Frau, wenn sie verzichtet, ihre Liegenschaft zurückfordern kann; hat sie aber dann, wenn sie sich theilhaftig macht, somit die Verbindlichkeiten der Gemeinschaft zur Hälfte auf sich

*) Anderer Ansicht ist Bekk in seinem Commissionsberichte über den 41. Titel des Entwurfs einer neuen Pr.O. zu §. 868, jetzt §. 832.

„Wenn der Gemeinschuldner oder der (Gemeinschuldner und der) Gantanwalt die Thatsachen, auf welche ein anmeldender Gläubiger seine Forderung baut, eingestanden hat und nach dem §. 866 (jetzt 830) dem Gestehenden der Vorzug gebührt, so kann es einzelnen Gläubigern nicht mehr zukommen, jenen Thatsachen, die nach solchen Geständnissen als wahr gelten, blos zu widersprechen.

Dagegen bleibt ihnen noch überlassen, gegen diese als wahr angenommenen Thatsachen nach dem §. 872 (jetzt 836) den directen Gegenbeweis zu führen und hier im §. 868 (jetzt 832) ist ihnen auch gestattet, eigentliche Einreden dagegen vorzubringen, d. h. andere Thatsachen vorzutragen, durch welche die Ansprüche, die aus den vom Liquidanten vorgetragenen Thatsachen folgen würden, wieder aufgehoben wären.

Diesen Einreden steht nemlich das Geständniß des Gemeinschuldners oder Gantanwalts gar nicht entgegen, — die eingestandenen Thatsachen (z. B. der Kaufvertrag und die Ablieferung des Kaufobjekts) mögen wahr sein, aber die daraus abgeleiteten Ansprüche (auf Zahlung des Kaufschillings) sind durch Einreden (z. B. des Verzichts, der Kompensation u. dgl.) wieder aufgehoben; daher muß, wenn der Gantanwalt oder Gemeinschuldner solche Einreden vorzutragen unterläßt, deren Vorschützung den einzelnen Gläubigern freistehen, jedoch nach §. 869 (jetzt 833) nur denjenigen Gläubigern, welche bei der Anerkennung oder Verwerfung der liquidirten Forderung ein Interesse haben, also nur jenen, deren eigener Anspruch durch das Recht des Liquidanten geschmälert würde.

Einem Gläubiger der fünften Klasse wird das aus der Gantmasse ihm zufallende Betreffniß geschmälert, wenn ein anderer Gläubiger ebenfalls in die fünfte Klasse oder gar in eine noch vorzüglichere Klasse aufgenommen wird.

Wer aber z. B. als Gläubiger in einer der ersten vier Klassen aus dem Object, auf das sein Vorzug geht, volle Befriedigung erhält, ist dabei ganz unbetheiligt, ob die vorzugslose Forderung eines Gläubigers, der nur in die fünfte Klasse locirt sein will, anerkannt oder verworfen werde, denn er (der Erstere) erhält nicht mehr und nicht weniger, ob in der fünften Klasse je nach der Zahl der Gläubiger 20 oder nur 2 kr. auf den Gulden kommen.

Daß ein bevorzugter Gläubiger, der bei der Anerkennung oder Verwerfung einer andern, ihm nachstehenden oder ganz vorzugslosen Forderung gar kein Interesse hat, dagegen auch keine Einreden einseitig erheben, sondern sie den betheiligten Gläubigern zum beliebigen Gebrauch nur anzeigen darf, bedarf keiner Erörterung, denn einem solchen Gläubiger fehlt die legitimatio ad causam."

⁷) Fructus non intelliguntur nisi deductis impensis.

nimmt, noch das gleiche Recht? ... Drei Ansichten wurden hierüber aufgestellt.

Die eine, zu der sich im Anfange Pothier bekannte (sie aber in der Folge aufgegeben hat) und der sich, seit Einführung des Gesetzbuchs, Toullier und andere Schriftsteller angeschlossen haben, lehrt, daß die Frau nur die Hälfte ihrer Liegenschaft zurückfordern könne, und zwar aus dem Grunde, weil sie zur Hälfte die Verbindlichkeit auf sich habe, dem Erwerber für den Schaden Gewähr zu leisten, welchen die Entwährung ihm verursachen würde, und deßhalb, nach der Regel quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio, bezüglich dieser Hälfte nicht entwähren könne.

Die zweite, von Lebrun, Duranton, Pont und Rodière, Zachariä rc. aufgestellt, behauptet, die Frau könne das Ganze zurückfordern, müsse aber dem Erwerber die Hälfte des Kaufpreises sowohl, als der Entschädigungen, die ihm zustehen mögen, zahlen.

Die dritte, wofür sich zuletzt Pothier und seit Einführung des Gesetzbuchs Merlin entschieden hat, gestattet der Frau, ebenfalls die ganze Liegenschaft zurückzufordern, behauptet aber, sie habe dagegen nur die Hälfte des Kaufpreises und nicht auch der Entschädigung zu zahlen, als für welche, nach dieser Ansicht, nur der Mann persönlich hafte.

Von diesen drei Ansichten ist zunächst die zweite unstichhaltig und trägt ihre Widerlegung in sich selbst. Denn hier ist nur Zweierlei möglich: entweder muß man zugeben, daß die Verbindlichkeit, dem Erwerber für den Schaden aus einer Entwährung Gewähr zu leisten, eine Gemeinschaftsschuld ist, und muß somit, entsprechend der ersten Ansicht, auch zugeben, daß die Frau, die sich theilhaftig macht, und welche also für die Hälfte dieser Schuld haftet, bezüglich dieser Hälfte sich in der Unmöglichkeit befindet, zu entwähren; oder man muß sagen, diese Schuld sei selbst dem Gläubiger gegenüber, eine rein persönliche des Ehemanns, und wenn es hiernach wahr ist, daß die Frau das Ganze zurückfordern kann, so ist es ebenso wahr, wie sich die dritte Ansicht ausspricht, daß diese Frau nicht gehalten ist, die Hälfte der Entschädigung zu zahlen, worauf der Erwerber einen Anspruch hat. Wenn man mit Lebrun, Renusson, Duranton, Pont und Rodière, Troplong rc. behauptet, die Frau hafte zu gleicher Zeit für die Folgen der Entwährung zur Hälfte und könne daneben bezüglich des Ganzen entwähren, so sagt man ja und nein in einem Athem. Mit Recht hat also Pothier, indem er den Widerspruch dieser Mittelansicht hervorhebt, nur um die dritte anzunehmen, die erste aufgegeben, und man darf nicht anstehen, diese Ansicht zu verwerfen, um unter den beiden anderen zu wählen.

Hat man diese Ansicht einmal verworfen, so kann man, wie wir glauben, zwischen den beiden Anderen nicht länger schwanken, und muß sich für die Erstere entscheiden. Hat der Mann die Liegenschaften der Frau als dieser Frau gehörend verkauft und ist er für diese gutgestanden, oder hat er solche als die seinigen, aber im guten Glauben, verkauft, dann kann der Gewährleistungsanspruch gegen die Gemeinschaft nicht nur geltend gemacht werden, sondern er ruht sogar unbedingt auf derselben. Hat der Mann in bösem Glauben die Liegenschaft als die seinige verkauft, sich somit einer Hintergehung schuldig gemacht (Art. 2059), so haftet zwar die Gemeinschaft nur für den Vortheil unbedingt, den sie aus dem Verkaufe gezogen hat, d. h. für den Preis, und für das, was darüber ist, d. h. für die Entschädigung ist der Mann der persönliche Schuldner, weil die Schuld aus seinem Vergehen herrührt; man darf aber nicht übersehen, daß sogar in diesem Falle, nach Art. 1424, die Gemeinschaft (vorbehaltlich der Vergütung) zahlen muß; die Schuld, die eine persönliche des Mannes ist seiner Frau gegenüber, ist dennoch eine Gemeinschaftsschuld in den Beziehungen dieser Frau zum Gläubiger. In allen möglichen Fällen also ist die Gewährleistungsschuld dem Erwerber gegenüber, keine Schuld des Ehemannes, sondern eine Schuld der ehelichen Gesellschaft, an der die Frau von dem Augenblicke an die Hälfte zu tragen hat, wo sie nicht auf ihre Eigenschaft als Theilhaberin verzichtet. Man muß sich also an die erste Ansicht halten.

Dagegen wird eingewendet, der Mann bringe es hiernach indirect dahin, die Frau ihrer Güter zu berauben und die von ihm geschehene Veräußerung bekäme für die Hälfte Wirksamkeit; nun sei aber die Absicht des Gesetzes offenbar die, jede Veräußerung ohne Einwilligung der Frau unbedingt zu verhindern, diejenige, welche indirect als Folge einer Gewährleistungsschuld zu Stande käme, so gut als die, welche aus einer unmittelbar gültigen Verwilligung hervorgehen würde: mit einem Worte es könne unter keinerlei Verhältnissen vorkommen, daß der Frau, ohne ihre Einwilligung, ihr Eigengut entgehe. Dieser Einwand, auf den sich hauptsächlich Zachariä und Pont und Rodière stützen, um daraus ihren Hauptentscheidungsgrund abzuleiten, hält jedoch nicht Stich. Allerdings kann

kein Eigenthümer, die Frau wie jeder andere (im Allgemeinen), sein Gut ohne eine Willenshandlung von seiner Seite auf einen Anderen übergehen sehen: sogar im Falle einer Zwangsveräußerung ist der Verlust des Eigenthums meistens nur eine Wirkung des Willens des Schuldners, weil dieser dadurch, daß er eine Schuld contrahirt hat, seine Güter haftbar machte, und darein gewilligt hat, daß sie, wenn nöthig, zur Tilgung seiner Verbindlichkeit verkauft werden sollen. Ein Eigenthum der Frau kann ihr nicht ohne ihren Willen entzogen werden; aber auch in diesem Falle ist dieser Wille vorhanden, weil hier die Entziehung des Guts für sie nicht so sehr aus der Veräußerung durch den Ehemann entspringt, als vielmehr aus der Annahme der Gemeinschaft, wodurch die Frau ihren Theil an der Gewährleistungsverbindlichkeit übernimmt, eine Annahme, die rein aus ihrem freien Willen hervorgeht. Wenn ein Mann weder direct noch indirect das Gut seiner Frau veräußern kann, so kann ein Oheim eben so wenig das Gut seines Neffen, ein Freund eben so wenig das seines Freundes veräußern; wenn aber mein Oheim, nachdem er mein Gut verkauft hat, stirbt und mich als Erben hinterläßt, oder mein Freund, in der gleichen Unterstellung, stirbt und mich zum Erbnehmer eingesetzt hat, dann versetze ich mich offenbar, durch die Annahme der Erbschaft des Ersten oder des Vermächtnisses des Zweiten, in die Unmöglichkeit den Käufer zu entwähren. Gerade so verhält es sich mit der Frau, welche sich dadurch, daß sie sich der Gemeinschaft theilhaftig macht, für ihre Hälfte freiwillig der Gewährleistungsverbindlichkeit die auf dieser Gemeinschaft ruht, mithin der Unmöglichkeit zurück zu fordern unterzieht.

Adrian Pfaff.

III.

Einweisung in Besitz und Gewähr einer Erbschaft.

Der Staat kann die Einweisung nicht begehren, wenn sich Jemand als Erbe zur Verlassenschaft gemeldet hat, dessen Ansprüche vom Richter noch nicht abgewiesen sind.

Fiscus gegen Bieler.

Am 13. Februar 1855 verstarb zu Regensburg der ledige Johann Bieler (auch Weber genannt) von Lahr, ohne über sein Vermögen letztwillig verfügt zu haben.

Zu diesem Nachlasse meldete sich ein gewisser J. U. Weber von Marishausen in der Schweitz als natürlicher Vater des Verstorbenen. Der großh. Fiscus protestirte aber gegen die Ausantwortung der Verlassenschaft an Weber und verlangte die Einweisung in deren Besitz und Gewähr, weil die Anerkennung des Erblassers durch J. U. Weber nicht in gültiger Form geschehen, und weil sonst kein erbfähiger Verwandter vorhanden sei.

Mit diesem Gesuche wurde jedoch der großh. Fiscus in den vordern Instanzen zur Zeit abgewiesen, weil er vorerst andern Prätendenten gegenüber sein Erbrecht gerichtlich auszutragen habe, bevor er die Einweisung begehren könne.

Im dritten Rechtszuge erfolgte unterm 9. Oktober l. J. ein bestätigendes Urtheil.

Gründe.

Die Einweisung des Erbfolgers in den Besitz der Verlassenschaft ist ein gerichtspolizeilicher Akt, welcher auf der Voraussetzung beruht, daß der die Einweisung Verlangende den Titel seiner Berechtigung dem Gerichte mindestens wahrscheinlich gemacht habe und den Umständen nach anzunehmen ist, daß kein besser berechtigter Erbe vorhanden sei. Letztere Vermuthung soll namentlich daraus entnommen werden, daß sich der öffentlichen Aufforderung ungeachtet kein anderer Erbe gemeldet hat. L.R.S. 770.

Im vorliegenden Fall ist nun gewiß, daß der großh. Fiscus als solcher in die Verlassenschaft eingewiesen werden muß, sofern sich kein näherer Erbe des verstorbenen unehelichen Erblassers meldet. Allein eben diese Voraussetzung ist dadurch widerlegt, daß eine Person vorhanden ist, welche schon vor dem großh. Fiscus Ansprüche auf den Nachlaß erhoben hat und es erscheint deßhalb die verlangte öffentliche Aufforderung, welche constatiren soll, daß Niemand sonst Ansprüche macht, zur Zeit zwecklos.

Was nun aber die Einweisung selbst betrifft, so mag zwar der großh. Fiscus mit Recht behaupten, daß wegen Mangels genügender Bescheinigung des Erbrechts dem Erbprätendenten die Verlassenschaft nicht übergeben werden dürfe; allein daraus folgt noch keineswegs, daß er in den Besitz eingewiesen werden muß, weil nach erhobenen Ansprüchen von Seiten bestimmter Personen, die dem großh. Fiscus vorgehen wollen, die Voraussetzung fehlt, daß sich sonst Niemand als Erbe gemeldet hat.

Da ferner in diesem blos gerichtspolizeilichen Verfahren über die Existenz der erhobenen und von einem Gegner bestrittenen Ansprüche nicht erkannt werden darf, so kann die angebliche Mangelhaftigkeit des vorgebrachten Erbrechtstitels auf die Einweisung des großh. Fiscus keinen Einfluß haben, vielmehr muß der bereits bestehende Streit darüber in das ordentliche bürgerliche Rechtsverfahren verwiesen werden, während bezüglich des einstweiligen Besitzes, sofern es die Umstände erfordern sollten, nach Analogie des §. 723 der Pr.O. zu verfahren wäre.

D. R.

IV.

Oberhofgericht.

1) **Von der Sicherheitsleistung ist derjenige befreit, welcher sich bei der Veräußerung einer Sache die Nutznießung daran vorbehielt.**

2) **In der Errungenschaftsgemeinschaft streitet die Vermuthung dafür, daß alle Fahrnißstücke, die weder der eine noch der andere Ehetheil als sein Beibringen nachweißt, während der Ehe erworben sind.**

Schmidt gegen Schmidt.

Bei der im Jahr 1854 unter den M. Schmidt'schen Eheleuten zum Vollzug gekommenen Vermögensabsonderung und einer spätern im Jahr 1855 getroffenen Uebereinkunft war bestimmt worden, daß von den der Ehefrau zur Deckung ihres Beibringens zugewiesenen Fahrnissen diejenigen dem Ehemanne zur Benutzung überlassen werden sollen, welche derselbe zum Betrieb der Landwirthschaft und zur Haushaltungsführung nöthig habe.

Später verlangte die Ehefrau, daß ihr Mann für die Erhaltung der ihm überlassenen Fahrnisse genügende Sicherheit stelle.

Mit diesem Begehren wurde die Klägerin in II. und III. Instanz abgewiesen.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Nach L.R.S. 601 ist der Veräußerer einer Sache, welcher sich daran die Nutznießung vorbehielt, von der Sicherheitsleistung befreit. Die Schmidt'schen Eheleute haben nun bei ihrer Eheschließung die Errungenschaftsgemeinschaft festgesetzt, so daß die von jedem Theil beigebrachte Fahrniß von der Gemeinschaft ausgeschlossen und hinsichtlich des errungenen Fahrnißvermögens der Ehemann als Herr der Gemeinschaft zu betrachten war.

Sind daher die dem Ehemann zu dem obenerwähnten Zwecke überlassene Fahrnisse vom ihm in die Ehe eingebracht oder während der Ehe errungen worden, so erscheint die Ehefrau bei dem Abschluß der Uebereinkommen von 1854 und 1855 als die Erwerberin der Fahrnisse und der beklagte Ehemann als deren Veräußerer.

Aus den dem Ehevertrage angeschlossenen Fahrnißverzeichnissen geht aber hervor, daß ein Theil der dem Ehemanne zum Landwirthschaftsbetrieb und zur Haushaltungsführung überlassenen Fahrnisse von ihm in die Ehe eingebracht und ein anderer Theil während der Ehe errungen worden ist, so daß bezüglich aller dieser Gegenstände nach L.R.S. 601 die Pflicht zur Sicherheitsleistung hinweg fällt.

Das Gleiche gilt auch hinsichtlich der übrigen in der Klagbeilage verzeichneten Fahrnisse, über welche die bei der Eheeingebung aufgenommenen Verzeichnisse keinen Aufschluß darüber geben, ob der Ehemann oder die Ehefrau dieselben beigebracht hat. In Bezug auf diesen Theil der Fahrnisse streitet nemlich nach L.R.S. 1498 die Vermuthung dafür, daß sie zur Errungenschaft gehören, und es wäre daher Sache der Klägerin gewesen, das Gegentheil zu behaupten und darzuthun, was jedoch nicht geschehen ist. rc. rc.

Wäre es darauf angekommen, so hätte sich wohl auch die Ansicht begründen lassen, daß die Schmidt'schen Eheleute von der Sicherheitsleistung absichtlich Umgang nehmen wollten, weil dieselbe sonst bei den Uebereinkommen von 1854 und 1855 ausdrücklich bedungen worden wäre. Die Frau mochte hieran um so weniger gedacht haben, als die fraglichen Fahrnisse zugleich in ihrem Interesse und unter ihren Augen benützt und gebraucht werden.

D. R.

V.

Oberappellation

wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens.

Klar gegen Roe.

Beim Mangel der Summe wollte dem Rechtsmittel der Oberberufung auf Grund des §. 1128 No. 3 der Pr.O. wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens damit Eingang verschafft werden

1) daß durch Pflegung der Appellationsverhandlungen

vor dem Untergericht dem Appellaten die Garantie der Mündlichkeit entzogen, ohne daß durch dessen Einlassung daselbst eine stillschweigende Prorogation begründet worden sei;

2) daß sich das hofgerichtliche Urtheil auf eine actenwidrige Thatsache stütze, da in den Entscheidungsgründen gerade das Gegentheil von dem unterstellt werde, was die Zeugen ausgesagt hätten.

Dieses Rechtsmittel wurde aber, nach Anhörung des oberappellantischen Anwalts, durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 23. September l. J. als unstatthaft verworfen.

Gründe:

Der Nachtheil, welcher dem Oberappellanten durch die erste Formverletzung zugegangen sein soll, kann nur darin gesucht werden, daß keine besondere Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung anberaumt wurde, weil im Uebrigen das rechtliche Gehör der Parteien beim summarischen wie beim ordentlichen Verfahren das Gleiche ist.

Auf die mündliche Rechtsausführung kann jedoch jede Partei verzichten und ein solcher Verzicht muß darin gefunden werden, daß der appellatische Anwalt ohne irgend eine Einrede gegen das Verfahren oder die Zuständigkeit des Untergerichts zur Verhandlung vorzubringen, sich eingelassen und das Verfahren bis zum Schlusse mitgepflogen hat. Es kann daher diese Einrede gegen das Verfahren nicht erst in dritter Instanz in Form einer Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht werden.

Aber auch die andere Beschwerde ist nicht geeignet, der Oberappellation auf den Grund des §. 1128 No. 3 in Verbindung mit §. 1130 der Pr.O. Eingang zu verschaffen, weil die vom Richter zweiter Instanz den erhobenen Zeugenaussagen gegebene Auslegung kein Theil des hofgerichtlichen Prozeßverfahrens, sondern die richterliche Beurtheilung des vorgelegenen Prozeßergebnisses ist, auf welches die allegirten Gesetzesstellen keine Anwendung finden.

Aus diesen Gründen ꝛc. ꝛc. D. R.

VI.

Anzeige.

Im Verlage von Bangel und Schmitt zu Heidelberg ist soeben erschienen: „Abriß des französischen Civilrechts von V. Marcadé, ins Deutsche übertragen von A. Pfaff, Referendar am großh. Oberamte in Heidelberg. I. Band.

Bekanntlich umfaßt das Original des berühmten Commentars 6 starke Bände, deren Anschaffung im Verhältniß ebenso kostspielig als die Durchgehung derselben zeitraubend ist. Das deutsche Buch, welches nur 2 Bände enthalten wird, vermeidet die den französischen Juristen eigenthümliche Weitläufigkeit, indem es sich auf die Resumés beschränkt, welche Marcadé seinen Erläuterungen beigefügt hat. Dadurch gewinnt das Werk an Brauchbarkeit für den Praktiker, welcher die gedrängte Kürze einer ermüdenden Weitschweifigkeit vorzieht. Wenn sich je ein Commentar des französischen Civilrechts zur Uebersetzung ins Deutsche eignet, so ist es der hier besprochene, dessen Vorzüge als bekannt vorausgesetzt werden dürfen. Wir nehmen daher keinen Anstand, die getroffene Wahl eine glückliche zu nennen. Die Uebertragung selbst läßt nichts zu wünschen übrig. Die bisher in diesen Blättern mitgetheilten Uebersetzungen einzelner Lehren, welche aus der nemlichen Feder geflossen sind, können zum Beleg dienen. Aber auch die gefällige Ausstattung wird dazu beitragen, dem Buche eine ausgedehnte Verbreitung zu verschaffen, deren es würdig ist.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. **Jahrgang XXIII.** **No. 43.**

I.

Die Börsengeschäfte.

1. Das Prolongationsgeschäft.

Unter dem Wort „Prolongation" versteht man das Hinausschieben des Verfalltermins einer Verbindlichkeit; in diesem Sinn wird dieses Wort namentlich bei Wechseln gebraucht, wenn die Verfallzeit derselben hinausgeschoben wird. So z. B. sagt man, der Wechsel ist prolongirt, wenn der Verfalltag vom 15. Mai auf den 15. Juni hinausgeschoben wird.

Vrgl. Treitschke, Encyclopädie der Wechselrechte, 2. Bd. S. 270.

Im Handel mit Aktien und Staatspapieren kommen ebenfalls Prolongationen vor, z. B. Jemand hat ultimo Juli fünfzig Stück östreichische Bankaktien zu beziehen, wünscht aber den Bezug auf ultimo August hinauszusetzen, so kann er mit demjenigen, der die Papiere zu liefern hat, übereinkommen, das Geschäft auf einen Monat zu prolongiren. Will aber der andere Contrahent sich nicht hiezu verstehen, so kann derjenige, welcher die Papiere zu beziehen hat, die Prolongation mittels Herbeiziehung eines Dritten bewirken. An Börsenplätzen gibt es nemlich reiche Kapitalisten, welche ihr Geld gern in Staatspapieren zinstragend anlegen wollen, ohne den Schwankungen des Curses ausgesetzt zu sein. Man nennt sie in der Börsensprache „Prolonganten." Diese kaufen Papiere gegen baar Geld (au comptant), und verkaufen sie sofort auf Zeit (mittels eines marché à terme). In der Börsensprache nennt man diese Operation „Papiere in Prolongation nehmen;" umgekehrt sagt man von demjenigen, der die Papiere gegen baar Geld verkauft, sie aber sofort auf Zeit wieder zurückkauft, er habe die Papiere „in Prolongation gegeben." Dieses Geschäft setzt also voraus, daß zwei Personen sich zusammenfinden, welche von verschiedenen Ansichten und Bedürfnissen geleitet werden. Der Eine hat Geld, der Andere hat Werth-Papiere, diesen führt das Bedürfniß des Geldes zu Jenem, der das Geld anlegen will. Das einfachste wäre, er würde Jenem seine Werth-Papiere verkaufen; aber damit wäre Beiden nicht gedient. Denn der Capitalist will wohl sein Geld anlegen, aber nicht unter den Schwankungen des Curses leiden; der andere will wohl Geld, ohne darum der Spekulation mit seinen Papieren entsagen zu müssen. Die Absicht beider wird auf eine höchst sinnreiche Weise erreicht durch das Prolongationsgeschäft, indem nemlich der Capitalist die Papiere von dem Spekulanten gegen Baarzahlung kauft, sie ihm aber sofort zu demselben Preis auf Lieferung wieder verkauft. Hierdurch wird der Capitalist Eigenthümer der ihm verkauften Papiere, bezieht somit die Zinsen, ist aber nicht der Gefahr eines Verlustes ausgesetzt, weil er die Papiere zu einem festen Preis wieder verkauft hat. Der Spekulant erhält das benöthigte Geld, ohne auf seine Spekulation zu verzichten; denn, da er die Papiere, die er dem Capitalisten verkauft hat, von diesem wieder zurückkaufte, so kann er bei steigenden Cursen gewinnen, wogegen er im entgegengesetzten Fall auch verlieren würde. Unter dem Prolongationsgeschäft wird demnach ein Kauf gegen Baarzahlung verbunden mit einem Verkauf auf Zeit verstanden. Man darf sich nicht durch den Namen irre führen lassen. Dieser scheint daher entstanden, daß das Bedürfniß der Prolongationen zu diesem sinnreichen Auskunftsmittel hingeführt hat. Gehen wir nemlich auf das zuerst angeführte Beispiel zurück, da Jemand am 31. Juli gewisse Papiere zu beziehen hat, den Bezug aber auf einen oder zwei Monate hinausschieben möchte, während der andere Contrahent auf Annahme und Zahlung besteht, so kann Jener, um die Prolongation zu erreichen, sich an einen Dritten,

dem Kapitalien zu Gebot stehen, wenden, diesem die Papiere, welche er zu beziehen hat, gegen Baarzahlung verkaufen und sie sofort auf ein- oder zweimonatliche Lieferung zurückkaufen. Hierdurch erreicht er seinen Zweck vollständig: Der neue Käufer (der Prolongant) bezieht nemlich die Papiere von dem frühern Verkäufer und bezahlt den Betrag baar, hat aber die Verbindlichkeit, sie an dem durch die Uebereinkunft festgesetzten Tag dem Wiederkäufer ebenfalls gegen den ausmachenden Betrag zurückzuliefern. Dieser hat mithin mittels der Uebereinkunft den Verfalltag seiner Verbindlichkeit prolongirt, und daher mag der Name seinen Ursprung haben. In der That liegt aber darin, wie gesagt, ein Kauf gegen Baarzahlung, verbunden mit einem Verkauf auf Zeit. Dies ist die Ansicht von Bender, der Verkehr mit Staatspapieren. Göttingen 1830 S. 448. Dort ist auch nachgewiesen, wie sich das Prolongationsgeschäft von der Belehnung der Staatspapiere unterscheidet. Im letztern Fall ist ein Darlehen, für welche Staatspapiere zur Deckung (als Faustpfand) hinterlegt werden, vorhanden; mithin werden für die hingegebene Summe Zinsen bedungen, während die hinterlegten Papiere im Eigenthum des Entleihers verbleiben. Bei der Prolongation gehen die Papiere in das Eigenthum des Prolonganten, welcher gewöhnliche Kaufnota erhält, über; er bezieht daher die Zinsen, welche diese Papiere tragen, wogegen das hingegebene Kapital als Zahlung des Kaufpreises anzusehen ist, mithin keine Zinsen abwirft. Eben darum, weil hier ein Kauf und kein Darlehen vorliegt, sind auf Prolongationen nicht die Zinsverbote anwendbar. Man könnte etwa auf den Gedanken kommen, sie als verschleierte Darlehen zu betrachten, welche darauf gerichtet seien, die Zinsverbote zu umgehen; wobei allerdings eingeräumt werden muß, daß die Prolongationen häufig dazu benutzt werden, höhere Zinsen zu machen (wie der technische Ausdruck lautet), als gesetzlich erlaubt ist. Aber die Praxis hat darum doch nicht die Prolongation von dieser Seite angegriffen,

vergl. Dictionaire du droit commercial par Devilleneuve et Massé sub voce: Report No. 4,

vielleicht darum, weil, wie schon oben erwähnt, der Prolongant keine Zinsen von dem hergegebenen Kapital, sondern die Zinsen, welche die ihm verkauften Papiere tragen, erhält. So wenigstens wird die Prolongation an der Frankfurter Börse geschlossen. In Frankreich verfährt man allerdings anders, was schon dadurch erklärlich wird, daß bei der Ablieferung von Staats- und andern Papieren nicht eine Zinsberechnung statt findet, die Zinsen vielmehr im Cours schon enthalten sind. Jedes zinstragende Papier muß daher bis zu dem Tag, an welchem der Coupon abgelöst wird, in Frankreich um so viel steigen, als der Zins beträgt, und an dem Tag, an welchem der Coupon abgelöst wird, um eben soviel fallen, als der Coupon ausmacht. Man kann dies auch als den normalen Gang der französischen Börse betrachten, wobei freilich zuweilen große Störungen durch politische oder commercielle Verhältnisse herbeigeführt werden; die französischen Courszettel weisen aus, daß alle zinstragenden Papiere höher für den Zeitkauf als gegen Baarzahlung notirt sind. Ebenso muß der Prologant, welcher die Papiere gegen Baarzahlung erhält, und sie nach einem oder mehreren Monaten wieder zurückgeben soll, sich im Verhältniß der Zeit, in welcher er die Papiere hatte, einen höhern Preis bedingen, weil er nach dem Gebrauch der französischen Börse keine Zinsen berechnen kann; dieser Preisunterschied wird taux du report oder schlechtweg report genannt und in jedem französischen Courszettel notirt. In Frankfurt und andern deutschen Börsenplätzen werden dagegen bei Ablieferung zinstragender Papiere Zinsen in Anrechnung gebracht, daher bei der Prolongation meistens ein und derselbe Preis dem Kauf wie dem Rückkauf zu Grund gelegt wird, z. B. es gibt Jemand 3 pCt. spanische Rente zu 40 pCt. in Prolongation auf vier Monate, so heißt dies, der Prolongant gibt für 100 Dollar 3 pCt. Rente 40 Dollar baar, erhält aber nach vier Monaten gegen Rückgabe der Papiere dieselbe Summe nebst den Zinsen, welche die Papiere innerhalb vier Monaten ertragen haben, zurück. Wer nun zu rechnen versteht, wird bald ausfinden, daß der Prolongant auf diese Art seine Rechnung in den Zinsen findet; denn er macht $7\frac{1}{2}$ pCt. Nahme er diese Papiere zu einem noch niedrigern Cours, z. B. zu $33\frac{1}{3}$ pCt., so würde er 9 pCt. Zinsen machen. Man ersieht daraus, daß je niederer die Course, desto besser die Geschäfte der Prolonganten sind. Uebrigens hängt dieses wieder davon ab, ob an der Börse Geldmangel oder Ueberfluß vorhanden, ob die Spekulationslust groß oder gering ist, ob mithin der Spekulant den Kapitalisten oder umgekehrt dieser jenen sucht. Bald nach dem letzten Friedensschluß war die Spekulationslust in Paris so groß, daß der report 1 pCt. per Monat, mithin 12 pCt. per Jahr betrug; bei der jetzigen Geldkrisis ist er wohl noch höher.

Es kann aber auch der umgekehrte Fall eintreten, daß nemlich Geld im Ueberfluß an der Börse vorhanden ist, dagegen Papiere mangeln, die Spekulanten daher genöthigt sind, den Besitzern der Papiere eine Vergütung dafür zu leisten, daß sie solche auf einen oder zwei Monate in Prolongation erhalten. Ein Beispiel dieser Art kam kürzlich in folgendem Fall vor: Jemand hatte Berbacher Eisenbahn-Aktien zum Cours von 135 auf Zeit verkauft, in der Hoffnung, sie an dem Ablieferungstag zu einem niedrigen Cours wieder ankaufen zu können; diese Hoffnung erwies sich aber als trügerisch: am Ablieferungstag standen jene Aktien 145, also 10 pCt. höher, als er sie verkauft hatte. Wenn er den Verkauf sofort realisirt hätte, war er sonach in Verlust. Um nun die Spekulation fortsetzen zu können, suchte er die verkauften Aktien in Prolongation zu erhalten, d. h. sie gegen Baarzahlung zu kaufen, um sie sofort auf Zeit zu verkaufen. Er fand einen Besitzer solcher Aktien, mit dem er das fragliche Geschäft zum Cours von 145 abschloß und den er sodann beauftragte, die fraglichen Papiere an seinen ersten Käufer abzuliefern, und von diesem den ausmachenden Betrag in Empfang zu nehmen. Da aber Jener zum Cours von 135 gekauft hatte, so zahlte er natürlich nur den nach diesem Cours berechneten Betrag, den Rest mußte der, welcher die Papiere in Prolongation genommen hatte, darauf legen, um den Kaufpreis zu vervollständigen. Dagegen hatte er den Vortheil, sie am Ende der Prolongationszeit zum Cours von 145 wieder abliefern zu können. Wenn aber bedungen worden wäre, daß er die Papiere nur zu 144½ abliefern könnte, so würde er ½ pCt. bei dem Geschäfte verloren, oder wie die Börsenleute sagen, ½ pCt. déport bezahlt haben. Report und déport stehen sich einander gegenüber, wie das Steigen und Fallen des Preises und hängen lediglich von den Verhältnissen ab. Wird nemlich stark auf das Fallen der Course spekulirt, werden mithin viele Papiere auf Zeit verkauft, so muß sich, wie man in der Börsensprache sagt, die Contremine am Ablieferungstag decken, d. h. die Verkäufer müssen sich die verkauften Papiere anschaffen, um sie an die Käufer abliefern zu können. Es tritt dadurch eine Nachfrage nach Papieren ein, was die Besitzer der gesuchten Papiere natürlich benutzen, um sich höhere Preise zahlen zu lassen. In solchen Zeiten müssen diejenigen, welche Papiere in Prolongation nehmen, d. h. sie gegen Baarzahlung ankaufen, und auf Zeit verkaufen, einen größern oder kleinern déport sich gefallen lassen. Der Preis der Käufe auf Zeit steht in diesem Fall niederer als der Preis der Baarkäufe (der marchés au comptant).

An den deutschen Börsen, wo der Käufer die Zinsen der abgelieferten Papiere bis zum Beziehungstag vergüten muß, kann dieser Fall natürlich leichter vorkommen, als an der französischen Börse, wo keine Zinsvergütung statt findet. Denn hier steigen die zinstragenden Papiere bis zu dem Tag, an welchem der Coupon abgelöst wird, jeden Tag an innerm Werth. Wer daher Papiere gegen baar Geld kauft, und sie sofort auf Zeit zu einem niedrigern Cours verkauft, verliert nicht allein an Kapital, sondern erhält auch keine Zinsen für das hingegebene Geld; der déport gehört darum in Frankreich zu den seltenen Ausnahmen.

Uebrigens wird man aus dieser ganzen Ausführung ersehen, daß die viel verbreitete Ansicht, als beruhten die Börsengeschäfte auf fiktiven Käufen und Verkäufen, seien mithin nur Wetten auf Steigen und Fallen der Course, unrichtig ist. Alle Geschäfte an der Börse werden über bestimmte Papiere, welche entweder sogleich oder zu einer festbestimmten Zeit gegen einen ebenfalls genau bestimmten Preis abzuliefern sind, geschlossen, wobei es allerdings vorkommen kann, daß der Verkäufer im Augenblick des Abschlusses die Papiere nicht besitzt, oder der Käufer nicht so viel Geld hat, als der Kaufpreis beträgt. Aber der Verkäufer weiß, daß er am Ablieferungstag die Papiere liefern, der Käufer weiß, daß er diese beziehen und bezahlen muß. Es verhält sich damit nicht anders, als in dem Fall, wenn Jemand ein Haus oder ein Gut kauft, ohne den Betrag des Kaufpreises zu besitzen. Er sucht dann Geld auf Hypothek, um seiner Verbindlichkeit genügen zu können. Ebenso sucht der Käufer von Staatspapieren, welcher nicht die Mittel hat, die gekauften Papiere zu beziehen, einen Prolonganten, d. h. einen Capitalisten, der die Papiere statt seiner bezieht, und von dem er sie nach kürzerer oder längerer Zeit wieder beziehen kann. Die Prolongation ist für ihn ein Mittel, die benöthigte Summe zu erhalten, um seiner Verbindlichkeit zu entsprechen. Im umgekehrten Fall, wenn nämlich Jemand Papiere verkauft hat, die er nicht besitzt, so sucht er am Ablieferungstag einen Besitzer von solchen Papieren auf, kauft sie ihm zum Tagescours ab, und verkauft sie ihm sofort auf spätere Lieferung. Diesen Operationen liegt allerdings Spekulation zu Grunde; und insofern das Gelingen jeder Spekulation von Ereignissen abhängt, deren Eintreten sich

nicht mit Sicherheit vorausbestimmen läßt, ein größeres oder geringeres Wagniß — wollte man aber das Wagen überhaupt als Spiel oder Wette betrachten, so würde man den Handel unmöglich machen; denn sicherlich wagt derjenige, welcher bei steigenden Getraidepreisen Waizen aus Odessa oder New-York beschreibt, weit mehr, als wer an der Börse Papiere kauft oder verkauft. Der Handel in Staatspapieren ist wie jeder Handel den Wechselfällen unterworfen; wer über seine Kräfte spekulirt, kann bei diesem wie bei jedem andern Geschäft zu Grunde gehen. Haben aber die Gerichte einen Grund, Jemanden, der über seine Kräfte spekulirt hat, dessen Spekulation aber mißrathen ist, und der ebendeßhalb die eingegangenen Verträge nicht halten will, indem er vorschützt, er habe gespielt oder gewettet, zu schützen, und den Mitcontrahenten entgelten zu lassen, was jener gefehlt hat? Niemand soll aus seiner turpitudo Vortheil ziehen, ist eine alte Regel, welche völlig mißachtet wird, wenn man denjenigen, der vorgibt, gespielt zu haben, seiner Verbindlichkeit enthebt, wogegen er verurtheilt worden wäre, wenn er redliche Absichten bei Eingehung des Vertrags gehabt hätte.

Dr. Ladenburg.

II.

Rechtsfälle über die actio Pauliana.

1) Ein zur Gefährde der Gläubiger geschehener Vollzug der Vermögensabsonderung unter Eheleuten unterliegt der Anfechtung. Art. 1447. 1167.

2) In der Abtretung des ganzen Vermögens von Seiten des Ehemannes zur Befriedigung der Ehefrau liegt eine Gefährde der Gläubiger, zumal wenn Ueberschuldung vorhanden ist. Art. 2092—94. 1256 und 1263.

3) Das Geding, wonach die abgesonderte Ehefrau das ganze Vermögen ihres Ehemannes übernimmt, mit der Verbindlichkeit, einige Gläubiger zu befriedigen, ist für die übrigen Gläubiger gefährdend und kann daher von diesen angefochten werden.

Diese Grundsätze wurden von dem höchsten Gerichtshof in zwei Fällen adoptirt; die erste Entscheidung ist im Jahr 1853 ergangen in Sachen Sauerbeck u. Dissene und Cons. gegen Frau Wieser geb. Frank. Die Entscheidungsgründe lauten so:

„Nach den mit den vorgelegten Amts- und Amtsrevisoratsacten übereinstimmenden Erklärungen beider Theile wurde die Beklagte durch amtliches Urtheil vom 14. Mai 1852 für berechtigt erklärt, ihr Vermögen von dem ihres Ehemannes abzusondern, dieses Urtheil aber schon am 26. desselben Monats in der Art in Vollzug gesetzt, daß die Beklagte für ihr auf 3240 fl. berechnetes Einbringen sowohl das liegenschaftliche Vermögen des Ehemanns im Anschlag von 13,500 fl. als auch sämmtliche vorhandene Fahrnisse, gewerthet zu 1444 fl. 40 kr. gegen Uebernahme mehrerer Schulden im Betrag von 15,045 fl. 42 kr. an Zahlungsstatt zugewiesen erhielt, so daß ihr noch ein Restguthaben von 1341 fl. 2 kr. verblieb, wegen dessen sie sich ihre Rechte vorbehielt. Die Kläger, die, als Gläubiger des Ehemanns der Beklagten für die Summe von 1448 fl. 15 kr. hierbei nicht berücksichtigt wurden, fechten diesen Vollzugsact als zum Nachtheil und zur Gefährdung ihrer Rechte bewerkstelligt an, und bitten denselben aufzuheben. Diese ihre Bitte ist auch durch die eben angeführten unbestrittenen Thatsachen im Hinblick auf L.R.S. 1447 als rechtlich begründet und erwiesen zu erachten.

Hiernach hat der Ehemann der Beklagten dieser zur Befriedigung ihrer Forderung sein ganzes Vermögen, wenn auch mit der Verbindlichkeit einige der darauf ruhenden Schulden zu übernehmen, an Zahlungsstatt abgetreten. Dazu war derselbe jedoch nicht befugt, weil das Vermögen eines Schuldners das gemeinschaftliche Unterpfand aller seiner Gläubiger bildet, L.R.S. 2093, weil eben darum die Abtretung des sämmtlichen Vermögens nur an alle Gläubiger geschehen kann, L.R.S. 2063, wodurch alsdann der Richter die Veranlassung erhält, durch Eröffnung der Gant einzuschreiten, §. 778 No. 1. Pr.O. damit eine, der Größe aller vorhandenen Forderungen und deren gesetzlichen Vorrang entsprechende Vertheilung des Vermögens stattfinde.

Auch die Beklagte war nicht berechtigt, auf diesem

Wege ihre Befriedigung weder zu verlangen noch anzunehmen, indem, was Jenes betrifft, die Vermögensabtretung etwas ganz anderes ist als die Zahlung, die sie allein an ihren Schuldner ansprechen konnte: hinsichtlich dieses aber die Ueberschuldung ihres Ehemannes wie für diesen, so auch für sie offen vorlag, sie also Beide wußten, daß dadurch die Rechte der von ihr nicht übernommenen Gläubiger verletzt würden.

Oberhofgerichtliche Jahrb. XIII. S. 45 folg.

Läge nicht schon in dieser unberechtigten Hingabe des ganzen überschuldeten Vermögens an Zahlungsstatt ein hinreichender Beweis einer die Kläger benachtheiligenden gefährdevollen Handlungsweise, so würde er sich aus der eilfertigen Bereitwilligkeit des Ehemannes der Beklagten noch vollends ergeben, durch welche es möglich wurde, nach 12 Tagen, von Einreichung der Klage an, das Urtheil auf Vermögensabsonderung schon zu vollziehen: eine Erscheinung, die deutlich genug auf eine fraudulöse Collusion beider Eheleute hinweißt.

Hiergegen und für die Aufrechthaltung des Vollzugsactes läßt sich die Bestimmung des L.R.S. 1595 nicht anführen. Wenn sie die Abtretung von Liegenschaften zur Befriedigung der abgesonderten Ehefrau ausnahmsweise für zuläßig erklärt, so ist sie noch weit davon entfernt, die Abtretung aller Liegenschaften nicht nur, sondern des ganzen übrigen Vermögens unbedingt, und in allen Fällen, insbesondere in dem zu gestatten, wenn die Rechte der Gesammtheit der ehemännlichen Gläubiger in Frage stehen.

Ebensowenig sprechen für die Beklagte die L.R.S. 1443. 1444, denn das Rechtsmittel der Vermögensabsonderung ist der Ehefrau wohl gegeben, damit sie sich in Zeiten vor den nachtheiligen Folgen einer gefahrdrohenden Vermögenslage des Mannes zu schützen vermag; nicht aber dazu, daß sie diese Gelegenheit zur Hintansetzung anderer Gläubiger in ihrem Vortheile benütze. Namentlich drücken die Worte „die nach Kräften des männlichen Vermögens wirklich erfolgte Befriedigung" in dem zweiten jener Sätze nicht die Befugniß der Ehefrau aus, das ganze Vermögen des Mannes, so weit es zu ihrer Befriedigung nöthig, unter allen Umständen an sich nehmen zu dürfen; sondern haben die Bedeutung, daß der Vollzug der gerichtlich erkannten Vermögensabsonderung, soweit das männliche Vermögen die Mittel dazu darbiete, zu Ende geführt sein müsse, wenn sie gültig sein soll.

Vrgl. Bedarride, du dol et la fraude T. I. No. 12.

Endlich ist es unrichtig, wenn die Beklagte behauptet, die Kläger seien aus dem Grunde gar nicht benachtheiligt, weil wegen des ihren Forderungen zur Seite stehenden Unterpfandsrechtes die Kläger auch in einem Concursverfahren Nichts erhalten haben würden; denn einmal sind auch sämmtliche vorhandene Fahrnisse und darunter solche an Zahlungsstatt zugewiesen, auf welche sie keinerlei Vorrecht anzusprechen hat. Darauf ob dieselben einen größeren oder geringeren Werth haben; ob sie durch die Competenzansprüche der Beklagten oder die Kosten des Gantverfahrens ganz oder theilweise absorbirt würden, kommt es hier nicht an, und könnte begreiflicherweise in dem gegenwärtigen Prozesse nicht einmal ermittelt werden. Auch war es nicht Sache der Kläger sich speciell darauf zu berufen, welche Fahrnisse zur Gantmasse zu ziehen seien; ihre Klage war vielmehr durch die oben erwähnten Anführungen vollständig begründet, und an der Beklagten wäre es gewesen, darzuthun, wenn etwa alle vorhandenen Fahrnißstücke zu ihrem Rückforderungsvermögen gehört hätten. Sodann aber besteht die Verletzung der Rechte der Kläger überhaupt gerade darin, daß die überschuldete Vermögensmasse nicht auf dem oben angezeigten Wege verwiesen, und das später immer mit den Forderungen der Kläger concurrirende Restguthaben der Beklagten statt durch den Richter — durch sie selbst und ihren Ehemann willkührlich festgestellt wurde, weßhalb hingesehen auf die aus dem eingehaltenen Verfahren hervortretende gefährdevolle Absicht, selbst dann eine Benachtheiligung der Kläger als angezeigt zu betrachten sein würde, wenn dieselben in der That auch bei der concursmäßigen Vertheilung des jetzt vorhandenen Vermögens leer ausgehen sollten."

Aus diesen Gründen rc.

Uebereinstimmend hiermit wurde unter dem 30. September 1856 das hofgerichtliche Urtheil in Sachen Schleh gegen Merkel unter Adoptirung der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe von dem großh. Oberhofgericht bestätigt. Diese lauten so:

„Da nach L.R.S. 1447 die Gläubiger des Ehemanns eine zum Nachtheil ihrer Rechte erkannte Vermögensabsonderung selbst nach dem Vollzug noch gerichtlich anfechten können, so ist die vorliegende vorzugsweise gegen den Vollzug der von der Ehefrau gegen ihren Ehemann erwirkten Vermögensabsonderung gerichtete Klage rechtlich begründet und es fragt sich daher nur, ob, wie von dem Kläger behauptet wird, dieser Vollzug rechtswidrig, d. h. zur Gefährde der Gläubiger und insbesondere des gegenwärtigen Klägers geschehen ist.

Dies muß nun aber mit dem Unterrichter schon aus folgenden Gründen bejaht werden:

Es ist unbestritten, daß der Kläger eine durch rechtskräftiges Urtheil entschiedene Forderung von 5447 fl. 40 kr. an den Ehemann der Beklagten zu machen hat, und die Beklagte führt auch in ihrer Vermögensabsonderungsklage zur Begründung der mißlichen Vermögensverhältnisse ihres Ehemannes und der ihr deßhalb drohenden Gefahr für ihr beigebrachtes Vermögen selbst an, daß mehrere Gläubiger und darunter auch der gegenwärtige Kläger mit 5440 fl. gegen ihren Ehemann klagend aufgetreten seien, woraus hervorgeht, daß der Beklagten schon damals das Bestehen der klägerischen Forderung oder wenigstens, daß sie gegen ihren Ehemann eingeklagt worden, bekannt war.

Vergleicht man nun, worauf sich der Kläger zur thatsächlichen Begründung und zum Beweis des betrüglichen und für die Gläubiger gefährdevollen Vollzugs der Vermögensabsonderung zunächst beruft, das über das beiderseitige Vermögen der Merkel'schen Eheleute aufgenommene Inventar, so zeigt sich, daß

1) die eigenthümlichen Liegenschaften des Ehemannes betrugen	960 fl.
2) die eheweiblichen	4330 fl.
3) die der Gemeinschaft	2665 fl.
4) die Fahrnisse	347 fl. 15 kr.
das Gesammtvermögen also	8302 fl. 15 kr.
und von den Schulden nur diejenigen in dem Inventar aufgenommen wurden, wofür sich die Ehefrau angeblich sammtverbindlich gemacht hatte, mit zusammen	10441 fl. 32 kr.
wornach sich, abgesehen von der Ersatzforderung der Klägerin und anderer Gläubiger schon eine Ueberschuldung von	2119 fl. 17 kr.

herausstellte.

Während nun, wie sich aus der dem Inventar angehängten Ersatzberechnung ferner zeigt, nach Abzug der die Ehefrau treffenden Ersatzposten ihr nur noch eine Beibringesforderung von 2520 fl. 47 kr. zustand, wofür aber ihre eigenen Liegenschaften in fast doppeltem Werthe noch im Stück vorhanden sind, wurde ihr, weil sie durch eine besondere Uebereinkunft die in das Inventar aufgenommenen Schulden übernahm, mit deren Hinzurechnung ihre Ersatzforderung allerdings den Betrag des ganzen Vermögens überstieg, — sämmtliches vorhandenes Vermögen dafür an Zahlungsstatt abgetreten, in Folge welcher Manipulation, wenn diese Abtretung zu Recht bestehen könnte, alle andere Gläubiger ihres Ehemannes und darunter namentlich der Kläger leer ausgehen würden.

In dieser Abtretung des ganzen Vermögens an einen einzigen Gläubiger, um den übrigen Gläubigern das Mittel zu ihrer Befriedigung daraus zu entziehen liegt nun aber, weil nach L.R.S. 1265 ein zahlungsunfähiger Schuldner sein ganzes Vermögen nur allen seinen Gläubigern, deren gemeinschaftliches Unterpfand dasselbe ist, abtreten kann, gerade die betrügliche Art des Vollzugs der an sich gesetzlich erlaubten Vermögensabsonderung der Ehefrau, weil dieselbe weniger dazu, um ihr eigenes Vermögen und ihre Ersatzansprüche an das ehemännliche und Gemeinschafts-Vermögen zu sichern, als vielmehr als gemeinschaftlicher Kunstgriff beider Eheleute, den übrigen Gläubigern die Mittel zu ihrer Befriedigung aus dem vorhandenen ehemännlichen Vermögen zu entziehen, gebraucht wurde.

Steht es einmal mit den Vermögensverhältnissen des Ehemannes so, wie im vorliegenden Falle, daß, abgesehen von der Beibringensforderung der Ehefrau schon die übrigen Schulden sogar das beiderseitige Vermögen übersteigen, dann soll dasselbe nach der gesetzlichen Rangordnung unter sämmtliche Gläubiger vertheilt werden, und zu diesem Zwecke der Ehemann seine Insolvenz gerichtlich anzeigen, und bei dem hierauf einzuleitenden Gantverfahren mag dann auch die Ehefrau ihre sämmtlichen Ersatzforderungen, namentlich auch wegen übernommener Sammtverbindlichkeit für ehemännliche Schulden geltend machen; ohne dieses Verfahren würde den übrigen Gläubigern nicht einmal Gelegenheit gegeben, gegen die von der Ehefrau geltend gemachten Ersatzforderungen auch nur Einsprache zu erheben und sie damit vollkommen rechtlos gemacht.

Dieses gestattet das Gesetz nicht, vielmehr ist gerade zu dem Zwecke, um die Gläubiger, zu deren Nachtheil eine Vermögensabsonderung vorgenommen und vollzogen wird, denselben das Recht eingeräumt, sogar den Vollzug einer rechtskräftig erkannten Vermögensabsonderung anzufechten.

Die Beklagte ist daher durch das amtliche Urtheil, soweit sie dagegen appellirt hat, nicht beschwert, und deßhalb und nach Ansicht des §. 168 der Pr.O. hinsichtlich der Kosten, ist, wie geschehen, bestätigend erkannt worden."

Dr. Ladenburg.

III.

Inwiefern ist der Verrechner einer katholischen Lokal- oder Distriktsstiftung, welcher ein Kapital derselben auf Handschrift oder Nachhypothek ausleiht, der Stiftung haftbar?

Annalen XXII. S. 366, XXIII. S. 37.

Um diese Frage richtig zu beantworten, muß zuvörderst das civilrechtliche Verhältniß zwischen dem Verrechner und der Stiftung klar gemacht werden, was in dem Aufsatze in den Annalen XXIII. S. 37 nicht geschehen ist.

Das Verhältniß des Rechners einer Stiftung in Bezug auf seine Einnahmen und Ausgaben, überhaupt in Bezug auf seine Verwaltung, ist nemlich jenes eines Gewalthabers, seine Verbindlichkeiten richten sich daher nach L.R.S. 1991 bis 1997 und nach den in seiner Verwaltungsinstruktion enthaltenen besonderen Bedingungen seines Auftrags. Nach der Instruktion und zwar nach der Instruktivverordnung vom 21. November 1820 (Reg.-Bl. von 1827 No. 1) ist nun die Anlegung von Stiftungskapitalien lediglich Sache des Stiftungsvorstandes und nicht Sache des Verrechners, welch letzterer auch hier, wie in allen andern ähnlichen Fällen in Bezug auf Verausgabungen einzig und allein auf Anweisung, d.h. aus Auftrag des Stiftungsvorstandes handeln darf. Und in dieser Beziehung ist die Verordnung vom 15. April 1807 (Reg.-Bl. No. 13) allerdings aufgehoben oder abgeändert, indem nach der allegirten Instruktivverordnung der Verrechner ohne Ermächtigung des Stiftungsvorstandes gar keine Gelder, nicht einmal auf die erste Hypothek ausleihen darf. Hat der Verrechner ohne Ermächtigung von Seite des Stiftungsvorstandes Kapitalien ausgeliehen, so ist er nach L.R.S. 1991 für jeden Schaden haftbar, ohne Unterschied, ob er auf Handschrift oder auf Nachhypothek oder selbst auf erste Hypothek Geld hergegeben hat. Denn in dem einen, wie in dem andern Fall hat er gegen seine Instruktion, gegen die Bestimmungen seines Auftrages gehandelt.

Anders verhält sich die Sache, wenn der Verrechner mit Ermächtigung des Stiftungsvorstandes Kapitalien ausleiht. Denn der Verrechner hat nach §. 7 der erwähnten Instruktivverordnung bei den Berathungen in der Vorstandssitzung keine entscheidende Stimme, er ist somit nicht Mitglied des Stiftungsvorstandes, und eben deßhalb auch für die Beschlüsse desselben nicht verantwortlich. Er hat, wie schon gesagt, in Bezug auf alle Verausgabungen, also auch bei Anlegung von Stiftungskapitalien nur auf Anweisung, d. h. aus Auftrag des Stiftungsvorstandes zu handeln. Und es ist dem Verrechner nirgends zur Pflicht gemacht, den Stiftungsvorstand zu controlliren und in jedem einzelnen Falle zu untersuchen und zu prüfen, ob der Stiftungsvorstand zu der Anweisung oder zu dem Auftrage berechtigt sei oder nicht. Selbst wenn er weiß oder wissen konnte, daß der Stiftungsvorstand hiezu nicht befugt ist, und er den Auftrag dennoch vollzieht, ist er für die Folgen nicht verantwortlich. Es verhält sich hier gerade so, wie bei dem Pfandschreiber oder dem Protokollführer eines Gerichts, welcher auch nicht Mitglied des Gerichts, resp. des Pfandgerichts ist und eben deßhalb für die Fehler desselben nicht haftet. Oberhofg. Jahrb. von 1823 S. 277. Annalen XXII. S. 347. Hat der Verrechner mit Ermächtigung des Stiftungsvorstandes auf eine Handschrift oder Nachhypothek Geld hergeliehen, so ist er für den hieraus entstehenden Schaden ebensowenig verantwortlich, als wenn er mit Ermächtigung des Stiftungsvorstandes auf erste Hypothek Geld hergegeben hat. Denn er erscheint alsdann nur als Aftergewalthaber des Stiftungsvorstandes. Als solcher ist er nur dem Stiftungsvorstand gegenüber haftbar, jedoch nur insoferne, als er seinen ihm gegen den Stiftungsvorstand obliegenden Verpflichtungen in irgend einer Weise zuwider gehandelt hätte, in welchem Falle der Fond nach L.R.S. 1994 auch direkt gegen ihn klagen könnte. Troplong, Mandat zu Art. 1994 No. 486.

Daraus folgt von selbst, daß, wenn eine Stiftung dadurch in Schaden gekommen ist, daß ihr Verrechner ein Kapital derselben aus Auftrag oder mit nachgefolgter Ermächtigung des Stiftungsvorstandes auf Handschrift oder Nachhypothek Geld ausgeliehen hatte, nur allein die Mitglieder des Stiftungsvorstandes der Stiftung gegenüber verantwortlich sind, während für den Verrechner unter Umständen blos eine Ersatzpflicht gegenüber dem Stiftungsvorstande begründet werden kann.

Haager.

IV.

Voraussetzung einer Entschädigungsklage gegen Pfandgerichtsmitglieder wegen unrichtigen Zeugnisses.

Annalen XX. S. 237.

In Sachen der badischen Versorgungsanstalt gegen die Mitglieder des Pfandgerichtes von Kirchen und Hausen, Forderung betreffend, änderte das großh. Oberhofgericht durch Urtheil vom 2. Octbr. d. J. die Erkenntnisse der beiden vordern Instanzen dahin ab, daß die erhobene Klage zur Zeit abzuweisen sei.

Entscheidungsgründe.

Im Jahre 1848 entliehen die drei Geschwister Happle zu Kirchen von der Klägerin ein Kapital von 9000 fl. und setzten dafür eine Reihe von Liegenschaften zu Unterpfand ein. Das Pfandgericht bezeugte dabei, daß auf den Liegenschaften keine Pfand- und Vorzugsrechte, insbesondere kein Zehntablösungskapital ruhe. Im Jahre 1853 geriethen die drei Schuldner in Gant. Die Klägerin liquidirte darin ihre Forderung und wurde mit Anspruch auf vorzügliche Befriedigung aus dem Erlös ihrer Unterpfänder locirt. Sie ersteigerte letztere selbst um 6794 fl., erhielt diesen Erlös zugewiesen und verlor hiebei 3632 fl. 19 kr.

Seit sie nun die Liegenschaften besitzt, hat sich ergeben, daß darauf noch ein vom Pfandgericht verschwiegenes, auch in der Gant nicht liquidirtes Zehntablösungskapital haftete, indem der der Pfarrei Kirchen auf dortiger Gemarkung zugestandene Zehnte bereits im Jahre 1846 abgelöst und das Ablösungskapital bisher nicht bezahlt, vielmehr erst im Jahre 1853 auf die zehntbaren Grundstücke repartirt wurde, wobei es die von der Klägerin ersteigerten mit einem Betrag von 1247 fl. 50 kr. zahlbar sammt 5 pCt. Zinsen in 20 Jahresterminen vom 1. Januar 1853 an, traf.

Die Klägerin, wegen Zahlung dieses Betrags in Anspruch genommen, nimmt nun mit der vorliegenden Klage den Rückgriff gegen die Mitglieder des Pfandgerichts, welche bezeugt hatten, daß kein Zehntablösungskapital auf den Grundstücken hafte.

Diese Klage ist jedoch zur Zeit unstatthaft.

Die Klägerin behauptet nicht einmal, daß sie den Anspruch, welchen der Zehntherr oder der an seiner Stelle zum Bezug des Ablösungskapitals berechtigte gegen sie erhebt, diesem gegenüber anerkannt, noch weniger, daß sie ihr Betreffniß an dem Ablösungskapital ganz oder zum Theil bezahlt habe, oder daß sie zu dessen Zahlung rechtskräftig verurtheilt worden sei. Sie ist aber jedenfalls nur unter der einen oder andern Voraussetzung zu einem Rückgriff gegen die Beklagten berechtigt. Die Zulässigkeit des Rückgriffs hängt nämlich wesentlich davon ab, ob dem Zehntberechtigten, ungeachtet er seine Forderung in der Gant der Geschwister Happle nicht angemeldet hatte, und bei Verweisung des Erlöses aus ihren Liegenschaften unberücksichtigt geblieben war, noch ein Anspruch an die Klägerin zusteht oder nicht. Diese Frage ist aber vorerst zwischen den zunächst betheiligten — dem Zehntberechtigten und der Klägerin — auszutragen; denn so lange darüber noch unter diesen ein Streit möglich ist, erscheint auch die Möglichkeit widersprechender Urtheile, und insbesondere nicht ausgeschlossen, daß die Klägerin, wenn sie ihr Betreffniß am Ablösungskapital von den Beklagten empfangen hätte, immerhin noch die Zahlung an den Zehntberechtigten verweigern und dann — von letzterem belangt — dessen Abweisung erwirken würde, so daß sie mit ihrem Anspruch an die Pfandgerichtsmitglieder nicht einen Schaden abgewendet, sondern einen Gewinn erzielt hätte. Es ist daher die Verfolgung dieses letztern Anspruchs keinenfalls eher zulässig als bis jene zwischen dem Zehntberechtigten und der Klägerin auszutragende Vorfrage zum Nachtheil der letzteren entschieden, oder in anderer Weise definitiv erledigt ist, was zur Begründung der Klage hätte behauptet werden sollen, aber weder in der Klage noch sonst im Laufe der Verhandlungen behauptet worden ist. Hgr.

V.

Widerruf eines falschen eidlichen Zeugnisses.

§. 496 St.G.B. Annalen XXIII. S. 264.

Das großh. Oberhofgericht hat in dem a. a. O. mitgetheilten Falle durch Urtheil vom 30. Juli d. J. das hofgerichtliche Erkenntniß bestätiget, ist somit der Ansicht beigetreten, daß es nicht als Widerruf eines falschen eidlichen Zeugnisses und somit nicht als Strafmilderungsgrund des §. 496, sondern nur als Strafminderungsgrund des §. 152 Ziff. 2 des St.G.B. zu betrachten sei, wenn der Angeschuldigte das falsche Zeugniß, ehe noch ein Urtheil hierauf ergangen und verkündet oder sonst ein Nachtheil daraus entstanden ist, jedoch erst in der wegen falschen Zeugnisses gegen ihn eingeleiteten Untersuchung widerruft und ein Geständniß seiner Schuld ablegt. Hgr.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. **No. 44.**

I.

Competenzconflict.

Gerichtsstand des begangenen Verbrechens beim vollendeten Betrug.

§. 7. 17 St.Pr.O. §. 450 ff. St.G.B.

Seligmann Guggenheim von Thiengen, Bezirks-Amts Waldshut hatte im Laufe des vorigen Jahrs verschiedene Forderungen gegen Benedikt Duttlinger von Blumegg beim Bezirks-Amte Bonndorf gerichtlich betrieben.

In einer der hierüber entstandenen Rechtsstreitigkeiten hatte der Beklagte die Einrede des Betrugs vorgetragen und zu begründen gesucht und zugleich um Einleitung einer gerichtlichen Untersuchung dieses Verbrechens gebeten.

Das Bezirks-Amt Bonndorf verwies zwar diese im unbedingten Mandatsprozesse vorgeschützte Einrede zum besondern Austrage, sah sich jedoch veranlaßt, die begehrte Untersuchung einzuleiten, und hiebei zugleich seine Zuständigkeit zu dieser Handlung besonders zu den Akten zu motiviren.

Die Anschuldigung gegen Seligmann Guggenheim, wie sie den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet, geht auf das Verbrechen des Betruges und es bestehen die einzelnen Anschuldigungspunkte hauptsächlich aus folgenden drei, aus mehreren in verschiedenen Orten vorgenommenen Handlungen, zusammengesetzten Thatbeständen.

1) Der Angeschuldigte und sein Bruder Maier Guggenheim sollten dem Benedikt Duttlinger vorgegeben haben, sie wüßten noch zugreifbares Vermögen des verganteten Joseph Duttlinger und wollten dem erstern dieses Vermögen zur Deckung seines in der Gant des Letztern erlittenen Verlustes gegen Bezahlung einer Belohnung von 100 fl. verschaffen; zu diesem Zwecke, namentlich zu ihrer Legitimation, sei es aber erforderlich, daß er ihnen eine Schuldurkunde über 400 fl. ausstelle, und daß er gegen ein von ihnen auf den Grund dieses Schuldbekenntnisses zu erwirkendes Liquiderkenntniß und dessen Eintrag zum Pfandbuche keine Einsprache erhebe. Darauf habe nun auch Duttlinger den Schuldschein über 400 fl. ausgestellt, und das von Seligmann Guggenheim gegen ihn erwirkte Liquiderkenntniß und dessen Eintrag zum Pfandbuche ohne Widerspruch gegen sich ergehen lassen. Der Angeschuldigte habe aber zur Erfüllung seiner ohnedies unwahren Zusage soviel als Nichts gethan, demungeachtet aber alle Rechte, welche ihm jener Schuldschein und das Liquiderkenntniß eingeräumt, gegen Duttlinger vor Gericht verfolgt.

2) Die zweite Urkunde soll durch den Angeschuldigten von Duttlinger unter dem Vorwande erlangt worden sein, daß man die sub 1 erwähnte Urkunde nicht weiter gegen Duttlinger geltend machen wollte, wenn dieser eine andere Urkunde über eine Schuld von 300 fl., die nur nach und nach rückzahlbar sein sollte, dem Angeschuldigten ausstelle. Nachdem aber auch diese Schuldurkunde ausgestellt gewesen, hätte der Angeschuldigte nicht nur jene 400 fl. fortwährend weiter gegen Duttlinger verfolgt, sondern nun auch zugleich die weitern 300 fl. gegen ihn gerichtlich geltend gemacht, die auch Duttlinger nach und nach bezahlte.

3) Endlich eine dritte Schuldurkunde hätte der Angeschuldigte unter dem Vorgeben von Duttlinger erwirkt, daß er nunmehr Liquiderkenntnisse und Pfandeinträge über 700 fl. gegen ihn besitze, wofür er jederzeit durch Vollstreckung Zahlung erwirken könne, er wollte dieß aber nicht thun, wenn Duttlinger ihm einen neuen Schuldschein über achthundert Gulden zu deren Zahlung er ihm fünf Jahrestermine verwilligen wolle, ausstellen würde, wogegen die beiden ältern Schuldtitel vernichtet werden sollten.

Auch darauf sei Duttlinger um dem Vollzug der bevorstehenden Hilfsvollstreckung auszuweichen, eingegangen, und habe die Urkunde ausgestellt. Guggenheim habe aber die beiden ältern Schuldtitel nicht nur nicht vernichtet, sondern diese noch fortwährend gegen ihn verfolgt, und daneben auch den neuesten Titel ebenfalls gegen ihn gerichtlich geltend gemacht.

Es soll somit der Angeschuldigte, ohne irgend eine gegründete Forderung gegen Benedikt Duttlinger gehabt zu haben, von diesem nach und nach Forderungstitel über den Betrag von 1500 fl. durch allerhand trügerische Manipulationen, namentlich aber in den beiden letzten Fällen auch durch Mitbenützung der durch die vorhergehenden Urkunden vor Gericht über Duttlinger erlangten Vortheile herausgelockt und diese sämmtlichen Forderungen dann gegen den angeblichen Schuldner gerichtlich betrieben haben.

Nachdem diese Untersuchung geschlossen war, wurde sie dem Hofgericht des Seekreises zur Aburtheilung vorgelegt. Dieser Gerichtshof sprach jedoch mit Verfügung vom 3. Mai d. J. aus, daß nicht das Amt Bonndorf, sondern das Amt Waldshut zur Führung vorliegender Untersuchung zuständig sei. Diese Verfügung wurde folgendermaaßen motivirt:

Die Schuldurkunden, welche der Angeschuldigte mittelst Betrugs erschlichen haben soll, sind in andern Amtsbezirken, als im Amte Bonndorf, ausgestellt, und dem Angeschuldigten eingehändigt worden, die über 400 fl. in Thiengen, Amts Waldshut, die über 300 fl. in Stühlingen, die über 800 fl. in Thiengen. Damit war aber der Betrug vollendet und das Verbrechen vollständig begangen, da es hiezu nicht nöthig war, daß von den Schuldurkunden Gebrauch gemacht wurde, indem es sich um keine Fälschung handelt, weil die Urkunden ächt sind, und nur deren Ausstellung durch betrügerische Vorspiegelungen bewirkt worden ist. Mit dieser Ausstellung und der Ablieferung der Urkunden an den Angeschuldigten war aber die Beschädigung des Ausstellers an seinem Vermögen eingetreten, indem sich dieses letztere um den Betrag der in den Schuldurkunden enthaltenen Schuldsummen in der That sofort mit der Existenz und der Besitznahme der Urkunden durch den Angeschuldigten verringert hat (bona non intelliguntur, nisi deducto aeri alieno).

Hienach kann nur das Amt Waldshut oder das Amt Stühlingen, weil in diesen beiden Aemtern die mehreren Betrügereien begangen worden, nach §. 7 der St.Pr.O. zur Untersuchungsführung zuständig sein. Da aber bisher noch keines dieser beiden Aemter eine Untersuchungshandlung vorgenommen hat, welche dasselbe als zuvorkommendes Gericht zum ausschließlich zuständigen macht, so hat das Amt Waldshut, — bei welchem als dem Gerichte, in dessen Bezirk der Angeschuldigte seinen Wohnsitz hat, ohnedies schon früher die Anzeige des Beschädigten von den Betrügereien gemacht wurde, (St.P.O. §. 12) — die Untersuchung zu führen, da in dessen Bezirk die letzte der betrügerischen Handlungen, welche zusammen ein fortgesetztes Verbrechen bilden, (§. 181. 479 des St.G.B.), von Seite des Angeschuldigten begangen worden sein soll.

Sollte man auch annehmen, daß die Beschädigung des Betrogenen erst durch die Zahlung, die er in Folge des Betrugs an den Angeschuldigten später geleistet hat, eingetreten sei, und daß der Ort, wo diese Zahlungen geleistet worden, das forum delicti commissi bestimme, so wäre auch hiernach das Amt Waldshut das ausschließlich zuständige Untersuchungsgericht, da alle fraglichen Zahlungen in Thiengen geleistet worden sind.

Das Amt Bonndorf wurde daher vom Hofgericht des Seekreises beauftragt, die Untersuchungsacten dem Amte Waldshut unter Mittheilung der obigen Ansicht über dessen Zuständigkeit und deren Begründung zur weiteren Verfügung zu übersenden.

Das Amt Waldshut erkannte auch wirklich unter Bezug auf die Motivirung des Hofgerichts des Seekreises nunmehr seine Zuständigkeit an, und genehmigte die bisherigen Untersuchungshandlungen des Amtes Bonndorf und nachdem es selbst noch einige Erhebungen vorgenommen hatte, legte es die Akten zur Aburtheilung dem Hofgericht des Oberrheinkreises vor.

Dieser Gerichtshof hegte jedoch Bedenken gegen die Richtigkeit der vom Hofgericht des Seekreises aufgestellten Ansicht und legte die Akten großh. Oberhofgericht mit Bericht vom 12. August d. J. vor, in welchem er sich folgend aussprach:

Man sagt, das Verbrechen des Betrugs sei schon dadurch allein zu seiner Vollendung gediehen gewesen, daß der Angeschuldigte sich jene Schuldtitel habe ausstellen lassen; denn hiedurch allein schon sei nach dem civilrechtlichen Grundsatze, daß das Vermögen einer Person nur in dem bestehe, was nach Abzug ihrer Schulden übrig bleibt, das Vermögen Duttlinger's verringert worden.

Allein dieser allgemeine Grundsatz, der in gewissen

Fällen im Civilrechte allerdings seine Geltung findet, ist, wie manche andere Vorschriften des Civilrechts auf das Strafrecht nicht anwendbar und ist sicher auf den strafrechtlichen Thatbestand eines Verbrechens ohne allen Einfluß. Der Thatbestand eines vollendeten Verbrechens liegt aber nur alsdann vor, wenn alle Erfordernisse vorhanden sind, welche nach dem Strafgesetze zu seinem Begriffe gehören.

Zum Thatbestand des vollendeten Betrugs gehört nun aber nach §. 450 des St.G.B. neben einer arglistigen Entstellung der Wahrheit noch die gewinnsüchtige Absicht des Thäters und die Beschädigung des Betrogenen und es bleibt namentlich die That, insolange diese letztere nicht eingetreten ist, nur Versuch.

Daraus allein aber, daß der Angeschuldigte in Folge seiner Vorgeben in den Besitz der fraglichen Schuldtitel gesetzt worden ist, läßt sich der Begriff des vollendeten Betruges nicht darstellen. Denn Guggenheim konnte in diesem Falle noch entweder von diesen Urkunden Gebrauch machen, oder er konnte diesen auch unterlassen, er konnte die Urkunde sogar aus Furcht oder Reue wieder vernichten, ohne irgend einen nachtheiligen Gebrauch davon gemacht zu haben. So lange er diese Urkunden aber, ohne sie zu benützen, in seinem Schranke behielt, konnte daher, wenn sich der Angeschuldigte auch wirklich in arglistiger Weise und schon mit der Absicht dieselben hat ausstellen lassen, sie seiner Zeit geltend zu machen, von einer wirklichen Beschädigung Duttlingers wohl nicht, und darum nur von Versuchshandlungen zum Betrug die Rede sein. Erst mit dem Gebrauche dieser Schuldtitel trat die Absicht des Angeschuldigten ganz bestimmt und offen hervor, sich einen rechtswidrigen Vortheil durch dieselben zu verschaffen; erst von da an gab er deutlich zu erkennen, daß er die Urkunden unter Mißbrauch des Vertrauens des Ausstellers zu einem diesem nachtheiligen Gebrauch verwenden, daß er die durch falsche Vorspiegelungen erlangten Urkunden wirklich zur Beschädigung des Ausstellers benützen wolle. Durch die Einklagung dieser Schuldtitel und durch die darauf erfolgten verurtheilenden richterlichen Erkenntnisse war aber nicht nur von Seite des Angeschuldigten Alles geschehen, was von seiner Seite zur Vollendung des Verbrechens nothwendig war, sondern es war auch durch die Betreibungen gegen den verurtheilten Schuldner im Vollstreckungswege auf Seite des Betrogenen eine nicht mehr abzuwendende Beschädigung wirklich erfolgt, von da an, aber auch erst von da an, waren also alle Merkmale vorhanden, welche die Vollendung des Verbrechens des Betrugs erfordert.

Darauf, daß und wo die Zahlungen etwa theilweise erfolgt sind, kann es unseres Erachtens nicht weiter ankommen, da diese Zahlungen ganz unabwendbare Folgen der gegen Duttlinger erwirkten rechtskräftigen Erkenntnisse und der vom Angeschuldigten hierauf gestützten Vollstreckungsbetreibungen waren, gegen die jenem keine weiteren Rechtsbehelfe mehr zu Gebot standen, in Folge deren er somit bezahlen mußte, wenn er der Execution ausweichen wollte.

Alle jene Handlungen und Akte fielen aber nicht im Bezirke des Amtes Waldshut, sondern in jenem des Amtes Bonndorf vor, und es war demnach auch das letztere Amt nach §. 7 der St.Pr.O. zur Führung der vorliegenden Untersuchung zuständig, sowie denn auch dieses Amt seine Zuständigkeit nicht nur ausdrücklich, sondern auch durch wirkliche Einleitung und Vollendung der Untersuchung factisch anerkannt hat.

Hiernach dürfte auch die Bestimmung des §. 12 der St.Pr.O. unanwendbar sein, da das Amt Waldshut, das allerdings der Beschädigte zuerst um Untersuchung angegangen hatte, diese abgelehnt hat, und darauf das Amt Bonndorf, als Gericht des begangenen Verbrechens, durch Einleitung der Untersuchung das zuvorkommende geworden ist.

Wir sind hiernach der Ansicht, daß die Zuständigkeit des Bezirks-Amtes Bonndorf und folgeweise jene des großh. Hofgerichts des Seekreises für den vorliegenden Fall begründet sei, und legen daher in Gemäßheit des §. 17 der St.Pr.O. die Akten zum höhern Erkenntniß über die zwischen beiden Gerichtshöfen bestrittene Frage der Competenz geziemend vor, und es dürfte wohl diese Entscheidung vor weiterem Vorgehen in der Hauptsache schon alsdann nothwendig und jeder andern Lösung dieser Frage vorzuziehen sein, wenn man bei dem stattfindenden Widerstreit beider Gerichte diese Frage auch nur als eine zweifelhafte ansieht, weil durch eine vorgängige endgültige Entscheidung dieser Frage möglicherweise unnützer Zeit- und Kostenaufwand vermieden wird.

Von großh. Oberhofgericht erging jedoch am 1. Oktober d. J. nachstehendes Erkenntniß:

In Erwägung, daß nach §. 7 der Str.Pr.O. der Gerichtsstand für die Untersuchung eines Verbrechens bei demjenigen Gerichte begründet ist, in dessen Sprengel dasselbe begangen wurde;

In Erwägung, daß das Verbrechen des Betrugs durch die mittelst Täuschung bewirkte Verleitung eines Anderen zu einer das Vermögen desselben beschädigenden Handlung oder Unterlassung begangen wird, §. 450 ff. des Str.G.;

In Erwägung, daß daher bei dem Betruge der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens sich lediglich darnach richtet, wo die Verleitung zu der beschädigenden Handlung oder Unterlassung stattgefunden hat;

In Erwägung, daß nach der hier vorliegenden Anschuldigung die Verleitung des Beschädigten nicht in dem Bezirke des Amtes Bonndorf, sondern theils in Stühlingen, größtentheils aber in Thiengen, Bezirksamts Waldshut, stattgehabt hat, wo insbesondere die neueste Schuldurkunde über 800 fl. ausgestellt und dem Angeschuldigten behändigt wurde; —

wird erkannt:

Es sei das großh. Bezirks-Amt Waldshut als das zur Führung der vorwürfigen Untersuchung, und folgeweise das großh. Hofgericht des Oberrheinkreises als das zur Aburtheilung zuständige Gericht zu erklären.

Die vom großh. Oberhofgericht ausgesprochene Ansicht dürfte sich nicht als die richtige darstellen, indem beim vollendeten Betrug der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens sich nicht sowohl darnach richtet, wo die Verleitung zu der beschädigenden Handlung oder Unterlassung stattgefunden hat, als vielmehr darnach, wo die beschädigende Handlung oder Unterlassung stattgefunden hat. *) Vergl. **Bekk**, die Strafprozeßordnung zu §. 7 S. 66 ff. Nach der einen, wie nach der anderen Ansicht wäre man aber im vorliegenden Falle immer zum gleichen Resultat gekommen, weil die beschädigenden Handlungen, mag man solche in der Unterzeichnung und Aushändigung der Urkunden oder in den Zahlungen finden, im ersteren Falle größtentheils, und im letzteren Falle insgesammt in Thiengen, Amts Waldshut, stattgefunden haben.

Haager.

*) Da möchte man doch fragen, wo denn wohl der Gerichtsstand wäre, wenn es sich blos um den Versuch eines Betrugs handelt? Ob aber hier nur ein versuchter oder ein (wenigstens theilweis) vollendeter Betrug vorliege, darüber ist nicht schon in diesem Competenzconflicte, sondern erst bei Aburtheilung der Sache selbst zu entscheiden.

D. R.

II.

Die Jurisdictionsverträge.

Den verdienstvollen Aufsätzen mit dieser Ueberschrift in No. 22, 25, 28 u. 31 der diesjährigen Annalen, möchte ich mir erlauben, einige Bemerkungen beizufügen, da es mir scheint, daß wesentliche Punkte darin einer Berichtigung bedürfen. Unerheblich ist es natürlich, daß dem Herrn Verfasser mein Aufsatz über denselben Gegenstand in No. 27 und 28 der Annalen v. J. 1854 (XXI. Jahrgang) unbekannt geblieben ist, und daher in No. 25 die kön. bayrische Verordnung vom 2. Juni 1811 als noch ungedruckt mitgetheilt wird, während solche bereits auf S. 219 Annalen XXI. zwar nicht wörtlich, aber doch hinreichend ausführlich mitgetheilt worden war. In den Generalakten des mittelrheinischen Hofgerichts fand ich zwei mir bisher unbekannte Erlasse des großh. Justizministeriums vom 4. und 8. April 1826, No. 1095 und 1400, deren Inhalt von dem Hofgerichte den Aemtern seines Kreises mitgetheilt wurde, wonach die Gerichte auf den Grund der zugesicherten Reciprocität angewiesen sind, in Beziehung auf Bayern (vor der Hand jedoch mit Ausnahme des Rheinkreises) einem Particular-Concurs zu Gunsten inländischer Creditoren niemals stattzugeben, auch das hierländische Vermögen eines in Bayern domicilirenden Gantirers an das durch das domicilium begründete Gantgericht auf Verlangen jeweils abzuliefern. Diese nirgends und auch nicht durch die Justizministerial-Verordnung vom 26. Mai 1826 No. 1767 aufgehobene und nach §. 775, 776 Pr.O. gültige Bestimmung erledigt in Bezug auf Bayern die Klagen auf S. 194 des fraglichen 2. Artikels über den Mangel eines allgemeinen Gantgerichtsstands. Von großer Bedeutung ist es, daß in eben dieser No. 25 unter Ziff. 3 „Verhältniß zu dem Großherzogthum Hessen" nach Maaßgabe der Verordnungen vom 15. Mai 1813 und 14. April 1829 die unbeschränkte gegenseitige Vollziehbarkeit der Urtheile angenommen wird, während doch ein in scriptis ergangener Erlaß des großh. Justizministeriums vom 15. August 1848 No. 7484 besteht, wodurch diese in §. 11 der Verordnung vom 5. Mai 1813 gewährte Vollziehbarkeit der Urtheile großh. hessischer Gerichte dahin wesentlich beschränkt wird, daß sie nur eintreten solle, wenn aus dem betreffenden Urtheile des großh. hessischen Gerichts das Vorhandensein eines in der diesseitigen Prozeßordnung anerkannten Gerichtsstandes zweifellos ersichtlich ist. (Annal. XXI. No. 28

Ziff. 1.) Diese nicht wieder aufgehobene Verordnung ist nach §. 918 Pr.O. für die Gerichte offenbar maaßgebend, weil ein Staatsvertrag nicht besteht, und daher zufolge jener Gesetzesstelle die auf den Grund der Gegenseitigkeit erlassenen Vorschriften der Regierung (deren competentes Organ in solchen Dingen das großh. Justizministerium ist) über die Vollstreckbarkeit der Urtheile großh. hess. Gerichte entscheiden. Der Wortlaut jener Verordnung ist folgender: „Da man wahrgenommen hat, daß der §. 11 der höchsten Verordnung vom 5. Mai 1813 die Jurisdictionsverhältnisse mit dem Großherzogthum Hessen betr. (Reg.Bl. No. XVII.) in der Anwendung zu Zweifeln Veranlassung gegeben hat, so sieht man sich im Einverständniß mit großh. Ministerium des großh. Hauses und der auswärtigen Angelegenheiten zu der Erklärung veranlaßt, daß die dort erwähnte Vollziehbarkeit der von großh. hessischen Gerichten ergangenen Urtheile nur unter der Voraussetzung ausgesprochen ist, daß aus denselben das Vorhandensein eines in der diesseitigen Prozeßgesetzgebung anerkannten Gerichtsstands zweifellos ersichtlich ist.“ Auch diese Verordnung wurde durch hofgerichtliches Generale bekannt gemacht. Außerdem aber ist durch einen im Verordnungsblatt publicirten Erlaß des großh. Justizministeriums vom 18. Juni 1852 No. 3384 verfügt worden, daß wegen gleicher Unwillfährigkeit von hessischer Seite den Urtheilen der großh. hessischen Strafgerichte über bürgerliche Ansprüche gegen Angehörige des badischen Staats von den badischen Gerichten keine Vollstreckbarkeit zugestanden werden solle. Noch ist ein Justizministerialerlaß vom 6. Dezbr. 1831 No. 6213 zu erwähnen, nach welchem die für Auslieferung des Vermögens eines Abwesenden zu stellende Sicherheit auch in einer Hypothek auf Liegenschaften in dem Heimathsstaate des Empfängers bestehen darf.

Annalen XXI. No. 28 im Eingang habe ich auch angeführt, daß nach einem schriftlich ergangenen Generale des großh. Justizministeriums vom 10. März 1851 No. 2390—91 durch Staatsministerialentschließung vom 25. November 1850 No. 2331 ausgesprochen worden ist, daß die großh. Staatsregierung die beiden Jurisdictionsverträge mit den ehemaligen Großherzogthümern Würzburg und Frankfurt als erloschen betrachte. In No. 25 S. 197 Ziff. 4 und in No. 28 S. 222 Ziff. 10 wird dagegen wenigstens für die freie Stadt Frankfurt die fortdauernde Gültigkeit jenes Vertrags unter Bezug auf viel ältere wissenschaftliche Arbeiten behauptet. Es dürfte aber keinem Zweifel unterliegen, daß das Staatsoberhaupt, wie Verträge mit anderen Staaten zu schließen, so deren Auflösung auszusprechen vollkommen befugt ist, und daß daher jene Verträge für die badischen Gerichte alle Wirksamkeit verloren haben, bis etwa auf diplomatischem Wege der auswärtige Staat eine Anerkennung des Vertrags erwirkt hat. Im Wesen solcher Jurisdictionsverträge liegt es ohnehin, daß sie, wenn sie nicht auf bestimmte Zeit abgeschlossen wurden, beliebig gekündet werden können, und in jenen beiden Verträgen ist eine Bestimmung über ihre Dauer nicht enthalten.

Jenes Generale vom 10. März 1851 lautet folgendermaßen:

„Seine Königliche Hoheit der Großherzog haben „mit allerhöchster Entschließung aus großh Staats„ministerium vom 25. November 1850 No. 2331 „das großh. Ministerium des großh. Hauses und „der auswärtigen Angelegenheiten allergnädigst zu „ermächtigen geruht, der königl. bayerischen Regie„rung zu erklären, daß man diesseits die Verträge „mit dem ehemaligen Großherzogthum Würzburg „vom 1. August 1810 und ehemaligen Großherzog„thum Frankfurt vom 20. Februar 1811 als erlo„schen betrachte.

Beschluß.

„Nachricht hievon großherzogl. Hofgerichte ꝛc.“

Daß wenigstens meines Wissens eine weitere officielle Verkündung dieser Allerhöchsten Entschließung nicht stattgefunden hat, kann dieselbe natürlich nicht unwirksam machen, da sie den Gerichtshöfen zugegangen ist und von diesen beobachtet werden muß.

Interessant dürfte es sein, daß mit Justizministerial-Erlaß vom 19. September 1845 dem mittelrheinischen Hofgerichte der Entwurf einer umfassenden Uebereinkunft mit der freien Stadt Frankfurt über die Vollstreckung von Urtheilen in bürgerlichen Rechtssachen zur Begutachtung übersendet wurde, welcher Entwurf höchst liberale Bestimmungen enthielt, aber der Abschluß eines Staatsvertrags ist bekanntlich bis jetzt nicht erfolgt.

Zu dem dritten Artikel in No. 28 und zwar zunächst zu Z. 5 „das Verhältniß mit Oesterreich“ ist auf die inzwischen erschienene Verordnung des großh. Justizministeriums vom 26. Juni l. J. (Reg.-Bl. No. XXVI.) aufmerksam zu machen. Danach sind die früheren Vereinbarungen von den Jahren 1819 und 1838

(soll wohl heißen 1837) in einigen Punkten abgeändert, und mit diesen Abänderungen auf die damals ausgenommenen Kronländer, Ungarn, Kroatien, Slavonien, die serbische Woywodschaft mit dem Temeser Banat und Siebenbürgen, mithin auf die ganze K. K. österreichische Monarchie mit Ausnahme der Militärgrenze ausgedehnt worden. Die Abänderungen bestehen im Wesentlichen nur darin, daß ausdrücklich das Erforderniß der Rechtskraft erwähnt wird, und daß die Vollstreckung nicht mehr auch auf Antrag der Partie, sondern nur auf Ansuchen des urtheilenden Gerichts eintreten soll, sowie daß auch dessen stillschweigende Erklärung über seine Zuständigkeit genügt, und nur erhebliche Zweifel über die Competenz zu einem Aufschub der Vollstreckung berechtigen, welche Zweifel übrigens, wie früher, ohne Anordnung einer Parteiverhandlung durch Correspondenz mit dem requirirenden Gerichte, und, wenn diese erfolglos bleibt, durch Anfrage bei dem großh. Justizministerium erledigt werden sollen.

Eine sehr anerkennenswerthe Erleichterung des Verkehrs mit den österreichischen Gerichten ist es, daß nach den Justizministerial-Verordnungen vom 5. Juni 1851 (Reg.-Bl. No. XXXVII.) und vom 26. August l. J. (Reg.-Bl. No. XXXV.) den badischen Gerichtsbehörden der unmittelbare Schriftenwechsel mit den K. K. österreichischen Behörden gleichen oder verschiedenen Ranges gestattet ist. Das in letzterer verheißene Verzeichniß der zu jedem einzelnen K. K. Oberlandesgerichte gehörigen Gerichte erster Instanz wurde den Hofgerichten mitgetheilt, und zeigt — beiläufig bemerkt — eine sehr verwickelte Gerichts-Organisation, indem es nicht weniger, als acht verschiedene Arten von Gerichtsbehörden gibt, von denen eine Art öfters wieder verschiedene Namen hat, so daß es stets das Beste sein wird, die Schreiben an das betreffende Oberlandesgericht zu richten, was für alle Zweifelsfälle ausdrücklich erlaubt ist.

Dem vierten Artikel in No. 31 ist bezüglich des Staatsvertrags mit Frankreich ein Erlaß des großh. Justizministeriums vom 14. April l. J. No. 2199 nachzutragen, welcher ausspricht, daß, weil die französischen Staatsprokuratoren Untersuchungsakten dortiger Gerichte nur mit besonderer Erlaubniß des Justizministers auswärtigen Behörden mittheilen dürfen, die Uebersendung beglaubigter Urtheilsabschriften aber keinem Anstand unterliegt, und Letztere in der Regel genügen werden, die Hofgerichte nur solche requiriren sollen, wenn nicht ganz besondere Gründe die Einsicht der vollständigen Akten wünschenswerth machen. Dies wird nun freilich zufolge §. 184. 186 des Strafgesetzbuchs stets der Fall sein, wenn sich erhebliche Zweifel gegen die Rechtmäßigkeit des Strafurtheils eines französischen Gerichts darbieten, und auf solches hin ein Rückfall in Frage steht.

Schließlich sind noch zwei Erlasse des großh. Justizministeriums über die Jurisdictionsverhältnisse zu den vereinigten Staaten in Nord-Amerika zu erwähnen, deren Erster vom 18. Januar 1845 No. 323 enthält die Mittheilung, daß in den vereinigten Staaten durchaus keine Behörden bestehen, in deren Dienstpflichten die Zustellung von Verfügungen ausländischer Behörden liegt, oder die damit von Seiten der Regierung beauftragt werden könnten, weßhalb nichts übrig bleibe, als entweder die Bescheinigung des großh. Consuls über unmittelbare Zustellung an die Betheilgten oder die richtige Absendung an dieselben durch die Post als genügende Beurkundung anzuerkennen, oder aber über die Zustellung einen Notariatsakt aufnehmen zu lassen, was jedoch wegen großer Kostspieligkeit und wegen theilweise großer Isolirung der Bewohner Nord-Amerikas häufig unthunlich sei.

Dem hier besprochenen Mißstande ist indessen durch die zweckmäßigen Bestimmungen in Pr.O. §. 256 folg. abgeholfen worden.

Der Inhalt des zweiten Erlasses vom 13. Oktober 1851 No. 10472 läßt sich dahin zusammenfassen, daß die Gerichte der vereinigten Staaten sich nicht mit der Abhör von Zeugen auf Requisition auswärtiger Behörden befassen, und solche Abhörungen in anderer Weise zu bewirken sind. Die Prozeßbehörde erläßt nemlich eine mit ihrem Siegel versehene Commission an einen beliebigen Einwohner, welcher dann von dem betreffenden Gerichte Genehmigung erhält, Zeugen selbst zwangsweise vorzuladen. Ist dagegen freiwilliges Erscheinen des Abzuhörenden vorauszusetzen, so ist die notarielle Abhörung desselben jedenfalls vorzuziehen, da sie mit den wenigsten Kosten und Umständen verknüpft ist, und in fremden Sprachen bewirkt werden kann, auch die Notare zur Aufnahme eidlicher Depositionen während der Dauer ihrer Amtszeit gesetzlich ermächtigt sind.

So wurden in neuerer Zeit selbst urtheilsmäßige Eide in Civilprozessen der in Nord-Amerika wohnenden Partie durch einen Notar abgenommen, und darauf hin Vereinigungsbescheide ertheilt.

Dr. Puchelt.

III.

Sind die Mitglieder eines Pfandgerichts für den einem Gläubiger durch die Ausstellung eines unrichtigen Zeugnisses verursachten Schaden auch dann sammtverbindlich verhaftet, wenn ihnen bei der Ausstellung dieses Zeugnisses nur ein Versehen zu Last fällt?

Annalen XIX. 263—68, XX. 103. 208, XXI. 317.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Mitglieder eines Pfandgerichts, wenn sie einem Gläubiger wissentlich ein falsches Zeugniß über die auf einer Liegenschaft haftenden Vorzugs- und Unterpfandsrechte ausstellen, und diesen hierdurch beschädigen, sammtverbindlich zum Schadenersatz verpflichtet sind, indem sie sich hierdurch nach den L.R.S. 1382 und 1382a einer unrechten That schuldig machten, und nach dem L.R.S. 1382d von mehreren Thätern, die zu einem Erfolg zusammenwirkten, alle diejenige, welche vorsätzlich handelten, für den durch die unrechte That verursachten Schaden sammtverbindlich verhaftet sind. Dagegen aber ist die Frage noch immer bestritten, ob die sammtverbindliche Haftbarkeit der Pfandgerichtsmitglieder auch dann eintritt, wenn sie das unrichtige Zeugniß nicht wissentlich und vorsätzlich, sondern nur aus Versehen ausgestellt hatten, wenn ihnen mithin die Ausstellung dieses Zeugnisses nicht als eine unrechte That im gesetzlichen Sinne zugerechnet werden kann.

Nach dem in dem L.R.S. 1382d ausgesprochenen allgemeinen Grundsatze würde diese Frage zu verneinen sein. Denn da nach dieser Gesetzesstelle selbst bei einer durch Mehrere verübten unrechten That die sammtverbindliche Haftbarkeit nur gegen diejenigen eintritt, welche vorsätzlich gehandelt hatten, der Eintritt der Sammtverbindlichkeit mithin durch den bösen Vorsatz bedingt ist, so folgt hieraus mit Nothwendigkeit, daß die sammtverbindliche Haftbarkeit gegen die Mitglieder des Pfandgerichts dann nicht eintreten kann, wenn sie das falsche Zeugniß nur aus Versehen und nicht vorsätzlich ausgestellt hatten.

Indessen hat sich in der neuern Zeit nach einem in den Jahrbüchern des großh. Oberhofgerichts enthaltenen Aufsatze und einem in diesem Sinne erlassenen Urtheile die Majorität der Mitglieder dieses Gerichtshofes dahin ausgesprochen, daß auch in diesem Falle die sammtverbindliche Haftbarkeit sämmtlicher Pfandgerichtsmitglieder eintrete. (Jahrbücher des großh. Oberhofgerichts, n. F. XIII. 133—36.)

Da diese Frage für die Mitglieder der Pfandgerichte von großer Wichtigkeit ist, indem der Fall nicht selten vorkommt, daß einzelne Pfandgerichtsmitglieder zahlungsunfähig sind, und die zahlungsfähigen Mitglieder deßwegen auch für sie eintreten müßten, wenn die Sammtverbindlichkeit begründet wäre, so dürfte eine nochmalige Beleuchtung dieser Frage gerechtfertigt erscheinen.

Bei der Beantwortung dieser Frage wird man den in dem L.R.S. 1202 ausgesprochenen allgemeinen Grundsatz an die Spitze stellen müssen, daß eine Sammtverbindlichkeit nicht vermuthet wird, und daß sie nur dann angenommen werden kann, wenn sie entweder ausdrücklich bedungen wurde, oder dann, wenn sie aus der ausdrücklichen Vorschrift eines Gesetzes hervorgeht. Da es sich in dem vorliegenden Falle nicht um eine bedungene Sammtverbindlichkeit handelt, so fragt es sich, ob ein Gesetz besteht, welches die Pfandgerichtsmitglieder auch dann für sammtverbindlich haftbar erklärt, wenn sie das falsche Zeugniß nur aus Versehen ausgestellt hatten. Ein solches Gesetz besteht nun nicht; indessen berufen sich die Vertheidiger der Sammtverbindlichkeit auf den L.R.S. 2127a, welcher die dem Staatsschreiber bei Ausfertigung der Pfandurkunde vorzulegende Zeugnisse bezeichnet, und am Schlusse folgende Bestimmung enthält:

> Jeder Aussteller obiger Zeugnisse ist für deren Richtigkeit verantwortlich, und für allen Schaden aus Unrichtigkeiten, die sie hätten vermeiden können, zur Entschädigung verbindlich.

In dieser Gesetzesstelle ist zwar nicht ausgesprochen, daß die Pfandgerichtsmitglieder für den durch die Ausstellung des unrichtigen Zeugnisses verursachten Schaden sammtverbindlich verhaftet sind; die sammtverbindliche Haftbarkeit will aber daraus gefolgert werden, daß die Pfandgerichtsmitglieder allen Schaden ersetzen müssen, und daß jeder Aussteller dieser Zeugnisse für ersatzpflichtig erklärt ist. Dieser Folgerung steht jedoch entgegen, daß eine Sammtverbindlichkeit nicht künstlich, nämlich nicht in der Weise construirt werden kann, daß man einzelne Worte oder Sätze aus einem Gesetze herausreißt, diese zusammen stellt, und aus dieser Zusammenstellung eine Sammtverbindlichkeit ableitet, indem eine Sammtverbindlichkeit nach dem L.R.S. 1202 nicht vermuthet wird, und deßwegen nur da angenommen werden darf, wo sie aus der klaren Vorschrift eines Gesetzes hervorgeht. Zudem folgt aber auch aus dieser Gesetzesstelle das nicht, was aus ihr gefolgert wird. Denn die Worte aller Schaden beziehen sich offenbar nur auf den Umfang der Entschädigungsverbindlichkeit, indem durch dieselbe nur so viel ausgedrückt werden sollte, daß dem Gläubiger nicht nur der ihm unmittelbar dadurch zugegangene Schaden ersetzt werden muß, daß er, weil ihm ein älterer in dem Pfandschreibereizeugnisse verschwiegener Gläubiger prälocirt wurde, seine Befriedigung nicht erhalten konnte, sondern auch der Schaden, welcher ihm nur mittelbar, z. B. dadurch zuging, daß er wegen seines Pfandrechtes mit einem andern Pfandgläubiger in einen

Prozeß verwickelt wurde, in welchem er unterlag und deßwegen Prozeßkosten bezahlen mußte. Durch die Worte allen Schaden wird aber keine Sammtverbindlichkeit ausgedrückt, indem sie das Verhältniß, in welchem die Pfandgerichtsmitglieder den Schaden zu ersetzen haben, ob sie nämlich sammtverbindlich, oder nur pro rata ersatzpflichtig sind, gar nicht berühren. Aus demselben Grunde kann auch daraus, daß ein jeder Aussteller für ersatzpflichtig erklärt ist, keine Sammtverbindlichkeit abgeleitet werden, und zwar um so weniger, als dem Verfasser des Zusatzartikels 2127a der L.R.S. 1202 nicht unbekannt gewesen sein konnte, weßhalb anzunehmen ist, daß er, wenn es seine Absicht gewesen wäre, die Aussteller des unrichtigen Zeugnisses für sammtverbindlich haftbar zu erklären, dies ausdrücklich ausgesprochen, und nicht blos durch einzelne Worte angedeutet haben würde, welche nicht einmal, wenigstens nicht mit Nothwendigkeit, auf eine Sammtverbindlichkeit schließen lassen.

Von den Vertheidigern der Sammtverbindlichkeit wird aber weiter geltend gemacht, daß die Ausstellung eines solchen Zeugnisses schon an sich eine gemeinschaftliche und untheilbare Handlung der einzelnen Aussteller ist, daß sie, wie das Zeugniß selbst ein unzertrennliches Ganze bilden, und daß bei solchen Handlungen mehrerer Mitglieder eines Collegiums schon nach dem römischen Rechte (l. 2 cod. quo quisque ordine conveniatur, XI. 35) die Sammtverbindlichkeit festgesetzt gewesen sei. Dagegen aber ist zu bemerken, daß zwar die Untheilbarkeit einer Verbindlichkeit nach dem L.R.S. 1222 die Sammtverbindlichkeit zur Folge hat, daß es aber bei Beantwortung der Frage, ob eine Verbindlichkeit untheilbar ist, ob mithin die Sammtverbindlichkeit eintritt, nicht darauf ankommt, ob die Ausstellung eines solchen Zeugnisses eine untheilbare Handlung ist, sondern nur darauf, ob der Gegenstand der Verbindlichkeit, nämlich die Leistung zu der sich die Aussteller des Zeugnisses verpflichtet haben, untheilbar ist, indem nur in diesem Falle die Untheilbarkeit der Verbindlichkeit die Sammtverbindlichkeit zur Folge hat. Die den Pfandgerichtsmitgliedern obliegende Leistung besteht aber in einer Geldsumme, sie ist mithin theilbar, weßhalb auch von einer aus der Untheilbarkeit der Verbindlichkeit abgeleiteten Sammtverbindlichkeit hier keine Rede sein kann.

Nach dem römischen Rechte waren aber die Mitglieder eines Collegiums für den durch eine Verletzung oder Vernachlässigung ihrer Amtspflichten verursachten Schaden nicht unbedingt, sondern nur dann solidarisch verhaftet, wenn sie dolos gehandelt hatten, nicht aber auch dann, wenn ihnen nur ein Verschulden oder Versehen zur Last fiel, indem ihnen im letzteren Falle die Einrede der Theilung zustand.

l. 7 D. de magist. conven. XXVII. 8. Thibaut's Pandekten 1. Th. §. 134. Glück's Erläuterung der Pandekten, 32. Th. §. 418. 419.

Es ist aber auch kein Grund vorhanden, welchen den Gesetzgeber hätte bestimmen können, von dem allgemeinen Grundsatze, daß ein bloses Versehen noch keine Sammtverbindlichkeit begründet, bei den Mitgliedern eines Pfandgerichts eine Ausnahme zu machen, und gegen diese die Sammtverbindlichkeit schon dann eintreten zu lassen, wenn sie auch nur aus Versehen ein unrichtiges Zeugniß ausgestellt hatten. In Frankreich werden die Pfandbücher durch besonders hierzu aufgestellte öffentliche Beamte (die Hypothekenbewahrer) gebildet, und in Bezug auf die diesen obliegende Verantwortlichkeit stellt Grénier (des priv. et hyp. t. 1 No. 53) den allgemeinen Grundsatz auf, daß sie nicht zu streng behandelt werden dürfen, indem er sich dahin äußert:

> Les devoirs, qui leur sont imposés, sont très pénibles, et les suites en seraient funestes pour eux, si on n'apportait un juste tempérament dans l'application des lois et des reglements, qui les concernent. On doit d'autant plus être animé de cet esprit, que la résponsabilité est une espèce de peine qui, de sa nature mérite plûtot d'être adoucie, que d'être aggravée.

Dieser Grundsatz wird auch von Troplong (des priv. et hypoth. t. 4 No. 1001) gebilligt, indem er bemerkt:

> Cette opinion est très sage; elle doit servir de règle pour apprécier les différens cas de résponsabilité, qui peuvent se présenter.

Dieser Grundsatz, welcher auch von den französischen Gerichtshöfen bei der Beurtheilung der Verantwortlichkeit der Hypothekenbewahrer befolgt wird, dürfte aber bei uns um so mehr zu befolgen sein, als nach unserer Verfassung der Pfandschreibereidienst nicht durch besonders hierzu aufgestellte öffentliche Beamte, welche die erforderliche Geschäftskenntniß haben, sondern durch die Mitglieder der Stadt- und Dorfgerichte besorgt wird, welche diesen Dienst nicht freiwillig übernehmen, sondern ihn besorgen müssen, weil sie Mitglieder der Stadt- und Dorfgerichte sind, welchen die Besorgung der Pfandschreibereigeschäfte zugewiesen ist, die Mitglieder der Pfandschreiberei daher in der Regel schlichte Landleute sind, bei welchen die erforderliche Geschäftskenntniß nicht immer vorausgesetzt werden kann, und die Gebühren, welche sie für die Besorgung dieser Geschäfte zu beziehen haben, so unbedeutend sind, daß sie mit der ihnen obliegenden Verantwortlichkeit, wenn man diese auch wieder streng beurtheilt, in gar keinem Verhältnisse stehen.

Hiernach dürfte der Satz gerechtfertigt erscheinen, daß die Pfandgerichtsmitglieder für den durch die Ausstellung eines unrichtigen Zeugnisses verursachten Schaden nur dann sammtverbindlich verhaftet sind, wenn sie vorsätzlich handelten, daß sie aber nur pro rata zu haften haben, wenn ihnen bei der Ausstellung dieses Zeugnisses nur ein Versehen zur Last fällt. L.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 45.

I.

Hat der Civilrichter die in der bürgerlichen Prozeßordnung angedrohten Gefängnißstrafen auszusprechen, und welche Rechtsmittel finden gegen solche Straferkenntnisse statt?

Bei Beantwortung dieser Frage ist es nothwendig, die einzelnen Fälle, in welchen Gefängnißstrafen eintreten, gesondert in Betracht zu ziehen, weil der Grund, auf welchem die Strafbestimmungen beruhen, und der Zweck, welcher durch sie erreicht werden soll, in den einzelnen Fällen ein verschiedener ist.

1) Der §. 602 der Pr.O. droht der Partei Gefängnißstrafe, welche den Offenbarungseid ohne Grund verweigert. Hier soll die gedrohte Einsperrung offenbar nur als Mittel dienen, den Eidespflichtigen zur Leistung des Offenbarungseides zu zwingen, sie erscheint sonach als Vollstreckungsmittel, dessen Anwendung auch nach Umlauf der anberaumten Frist durch nachträgliche Folgeleistung, also dadurch noch abgewendet werden kann, daß der Eidespflichtige sich zur Leistung des Offenbarungseides bereit erklärt.

Bekk, Red.-Note auf S. 133 der Annalen von 1841 (IX.) No. 19.

Der Ausspruch der Gefängnißstrafe in Folge der Eidesverweigerung zum Vollzug seines Urtheils kann nur dem Civilrichter zustehen. Er muß aber den Antrag des Klägers auf jenen Ausspruch gegen den Beklagten, welcher den ihm nach §. 549 Pr.O. auferlegten Offenbarungseid ohne Grund verweigert, abwarten. Da aber mit jenem Ausspruch dem Antragsteller nichts zuerkannt wird, so findet auch nicht Appellation des Beklagten dagegen statt,

§. 1125 Pr.O.

sondern sind Rechtsmittel nur insoweit und in der Form statthaft, wie sie überhaupt gegen Vollstreckungsverfügungen zulässig sind.

Nachdem über die Verbindlichkeit zur Leistung des Offenbarungseids rechtskräftig entschieden ist, kann sich der Eidespflichtige gegen das Straferkenntniß nur insoweit beschweren, als er behauptet:

a) daß eine Verweigerung des Offenbarungseides gar nicht vorliege, oder daß die Verweigerung nicht grundlos sei. In beiden Fällen geht die Beschwerde dahin, daß Vollstreckung erkannt worden, ehe solche gesetzlich zulässig gewesen sei. §. 909 Pr.O. Hierwegen findet neben dem Gesuch um Einhalt nach §. 929 der Pr.O. das Rechtsmittel der Beschwerdeführung bei dem Oberrichter statt,

b) daß das Maas der Strafe unrichtig bestimmt worden sei.

In diesem Falle könnte es scheinen, hier sei ebenso wie wegen der Größe der angedrohten Geldstrafe (§. 682. 946 vergl. mit §. 1125 und 1199 Pr.O.) ein Rechtsmittel nicht statthaft, weil nach §. 602 Pr.O. der Richter zu ermessen hat, welcher Grad von Zwang anzuwenden ist. Will man aber ein Rechtsmittel zulassen, so könnte es nur etwa auf die Verletzung des §. 936 der Pr.O. gegründet werden, und dann wäre nach §. 929 Pr.O. ebenfalls nur Beschwerdeführung zulässig.

2) Die wegen arglistiger Prozeßführung angedrohten Geldstrafen (§. 274. 275 Pr.O.) sind offenbar von dem die Verhandlung leitenden Civilrichter nach dem Ergebniß derselben und zwar von Amtswegen auszusprechen,

vrgl. Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß, 8. Auflage S. 74 Ziff. 2 und S. 34,

und nach §. 1199 Ziff. 5 Pr.O. findet gegen solche

Straferkenntnisse lediglich Beschwerdeführung statt. Die für den Fall der Unbeibringlichkeit eintretende Gefängnißstrafe kann in dem Erkenntnisse auf die Geldstrafe mit ausgesprochen werden; wird auf die Verwandlung erst nachträglich erkannt, so bildet dieses Erkenntniß eine Ergänzung, einen Zusatz zum eigentlichen Straferkenntnisse. Gegen die Strafverwandlung kann daher nur dasjenige Rechtsmittel stattfinden, welches gegen das Straferkenntniß selbst zulässig ist (gegen welches überdieß, da es nicht rechtskräftig wird, die Beschwerde nachträglich auch noch gerichtet werden kann).

3) Dasselbe gilt bezüglich derjenigen Gefängnißstrafe, in welche die zufolge §. 946 Pr.O. zu Gunsten des Klägers ausgesprochene Geldstrafe im Falle der Unbeibringlichkeit nach §. 947 Pr.O., aber nur auf Antrag des Klägers (vrgl. §. 161 St.G.B.) verwandelt wird.

In beiden unter Ziff. 2 und 3 bezeichneten Fällen kann der Bestrafte sich nur durch das Maas der, an die Stelle der zu verwandelden Geldstrafe nach dem von Anträgen des Prozeßgegners unabhängigen richterlichen Ermessen gesetzten Gefängnißstrafen beschwert erachten, sonach der Oberrichter nur zu prüfen haben, ob jenes Maas dem feststehenden Betrag der unbeibringlichen Geldstrafe entspreche oder nicht. Hier findet sonach das oben unter Ziff. 1b Ausgeführte wieder Anwendung.

4) Der §. 955 Pr.O. droht die Strafe persönlichen Verhafts dem Schuldner, welcher die ihm eröffnete Vorschrift, für unversehrte Erhaltung der bei ihm gepfändeten Fahrnißstücke zu sorgen, verletzt, und §. 976 droht Gefängnißstrafe dem Schuldner, welcher das ihm eröffnete Verbot, seine auf dem Halm gepfändeten Früchte eigenmächtig einzuernten, übertritt.

Diese in den §§. 955 und 976 der Pr.O. enthaltenen Strafbestimmungen sind sich ihrer Natur nach vollkommen gleich. Beide bezwecken die Aufrechthaltung des richterlichen Ansehens und die Sicherung des Vollstreckungsverfahrens im Allgemeinen, d. h. ohne Rücksicht auf das Interesse des einzelnen betreibenden Gläubigers. Sie sollen daher nicht diesem als Mittel dienen, die Durchführung der Vollstreckung, und damit Zahlung, zu erhalten. Sie sind vielmehr überall anwendbar, wo eine Verletzung des richterlichen Beschlags durch den Schuldner geschah; sonach ist ihre Anwendung nicht von einem Antrag des Gläubigers abhängig, noch dadurch bedingt, daß der Gläubiger einen Schaden erlitten hat, noch durch einen, vom Gläubiger auf seine Kosten zu führenden Beweise. Sie sind vielmehr vom Richter, wie in der Regel alle Strafgesetze, von Amtswegen anzuwenden, sobald er, wenn auch nur im Dienstwege, Kenntniß von Uebertretung seiner Gebote erhalten und nachdem er sich selbst die rechtliche Gewißheit über die erheblichen Thatsachen verschafft hat; s. Annalen 1854 (XXI.) No. 36 S. 281 vor der Note.

So weit ist Alles unbeanstandet. Allein bei der Frage, welches Rechtsmittel gegen solche Straferkenntnisse stattfinde, und ob die Civil- oder aber die Strafprozeßordnung hierbei zur Anwendung komme, trat bei dem Hofgerichte des Unterrheinkreises erhebliche Meinungsverschiedenheit zu Tage. Dieß gab Anlaß, jene Frage nach vorausgegangener Vorbereitung durch zwei, die sich gegenüberstehenden Ansichten vertretende Mitglieder des Gerichtshofs in einer Plenarversammlung zur Erörterung zu bringen.

Bei der Berathung wurde auf der einen Seite vorgetragen:

Rechtliche Gewißheit über die erheblichen Thatsachen kann sich der Richter weder aus den Civilprozeßakten, noch aus den Akten des Vollstreckungsbeamten verschaffen.

Er muß also eine Untersuchung führen, um dadurch die erforderlichen Beweise zu erhalten. Der Civilrichter hat aber nur nach den Formen der bürgerlichen Prozeßordnung zu verfahren; da nun diese ein Untersuchungsverfahren nicht kennt, so kann der Richter nur in seiner Eigenschaft als Strafrichter berechtigt sein, jene Strafbestimmungen anzuwenden.

Wenn hiernach die Natur und der Zweck jener Vorschriften zu dem Resultat führen, daß sie nicht vom Civilrichter, sondern vom Strafrichter anzuwenden sind, so ergibt sich daraus weiter, daß die Strafen nicht durch ein, der Rechtskraft unempfängliches Decret, sondern durch ein Urtheil auszusprechen sind, welches wie andere Strafurtheile nur im Wege des Recurses angefochten werden kann.

Es fragt sich jedoch, ob nicht besondere Bestimmungen in der bürgerlichen Pr.O. oder in sonstigen Gesetzen enthalten sind, welche das Erkenntniß dem Civilrichter vindiciren.

Man sagt nun, daß sich der §. 955 Abs. 3 d. Pr.O. dahin ausdrücke, daß „der Richter die Strafe des Verhafts erkenne, die 2 Monate nicht übersteigen kann, und daß in dem Gesetze über das Civilprozeßverfahren unter

dem „Richter“ überall der „Civilrichter“ zu verstehen sei. Dies ist aber nur insoweit richtig, als es sich um Akte des Civilprozesses handelt, zu welchen nach Obigem die Anwendung der Strafbestimmung des §. 955 Pr.O. zufolge ihrer Natur nicht gehört. Daß aber das Gesetz hier unter dem „Richter“ den Civilrichter nicht verstanden, sondern den zum Strafverfahren und Strafurtheil überhaupt zuständigen Richter bezeichnet habe, ergibt sich auch noch weiter daraus, daß bei der entgegengesetzten Auslegung auch nicht einmal der competente Civilrichter vom Gesetz hinreichend bezeichnet wäre. Ist darunter immer der Civilrichter zu verstehen, welcher das Urtheil im Civilprozesse erlassen und die Vollstreckung verfügt hat, oder derjenige, welcher den Vollzug angeordnet hat, also unter Umständen der requirirende oder der requirirte? Der §. 917 der Pr.O. regelt aber nur das Verhältniß des requirirenden und requirirten Richters in Bezug auf die Competenz hinsichtlich der Streitpunkte, d. h. der Rechte der Parteien oder dritter Personen, welche sich bei dem Vollstreckungsverfahren ergeben. Welcher Civilrichter soll befugt sein, die Vorschrift des §. 955 der Pr.O. anzuwenden, wenn die Vollstreckung nicht von dem Civilrichter, sondern von einem öffentlichen Verrechner (§. 938 Pr.O.) oder von einer Verwaltungsbehörde, oder vom Bürgermeister (§. 37, §. 38 der V.O. vom 21. November 1851) verfügt wurde?

Es entspricht gewiß mehr den Regeln richtiger Auslegung, wenn man annimmt, das Gesetz habe dem Ausdruck „Richter“ die Bedeutung beilegen wollen, nach welcher keine Lücken in den gegebenen Vorschriften enthalten sind.

Auch aus dem Umstand, daß in §. 955 von der „Strafe des Verhafts“ nicht von „Gefängnißstrafe“ die Rede ist, kann man nicht schließen, daß es sich um eine Art Personalarrest handle; denn es ist nicht anzunehmen daß die nach §. 955 zu erkennende Strafe auf die im Titel 41 Abschnitt VIII. und insbesondere in §. 1052 d. Pr.O. erwähnte Art vollzogen werden soll.

Dazu kommt noch, daß in §. 976 der Pr.O., welcher doch augenscheinlich auf dem nämlichen Princip, wie §. 955 der Pr.O. beruht, weder von dem „Richter“ noch von „Verhaft“, sondern einfach von „Strafe des Gefängnisses“ die Rede ist, und also lediglich auf ein Strafverfahren und den Strafrichter verwiesen wird.

Man darf darum wohl die Ansicht festhalten:

1) daß die §§. 955 und 976 der Pr.O. lediglich die dort erwähnten Handlungen mit gerichtlicher Strafe bedrohen;
2) daß sie dagegen eine Bestimmung darüber, wer diese Strafgesetze anzuwenden habe, nicht enthalten; und daß folglich sowohl die Untersuchung als die Aburtheilung dieser Vergehen den ordentlichen Strafgerichten gebührt.

Das Einführungsgesetz vom 5. Februar 1851 ändert hieran Nichts, sondern kann eher zur Bestätigung dieser Ansicht angeführt werden. Indem es nämlich die Fortdauer, der in der bürgerlichen Prozeßordnung und andern Civilgesetzen angedrohten Strafbestimmungen sanctionirt (§. 5 Ziff. 7) und das Erkenntniß wegen der Vergehen, welche sich aus den nach §. 5 fortbestehenden Gesetzen ergeben, den Aemtern zuweißt, insoweit diese Vergehen gerichtlich zu bestrafen und nicht ausdrücklich der Competenz eines andern Gerichts unterworfen sind (§. 16 Ziff. 29), scheint es das Erkenntniß über das in §. 955 und jedenfalls über das in §. 976 der Pr.O. erwähnte Vergehen den Aemtern als Strafgerichten zu übertragen.

Endlich darf man auch in Betracht ziehen, daß die ordentlichen Strafgerichte auch in andern ähnlichen Fällen berufen sind, die zur Aufrechthaltung des Ansehens der Behörden festgesetzten Strafbestimmungen anzuwenden, wie z. B. in den Fällen der §§. 297. 615. 620. 621 St.G.B., und daß man daher wohl annehmen darf, daß nach dem allgemeinen Geist der Gesetzgebung die in den §§. 955 und 976 der Pr.O. erwähnten Strafen von den Strafgerichten auszusprechen sind.

Auf der andern Seite wurde dagegen geltend gemacht:

Der Vollstreckungsbeamte, welcher nach §. 955 beziehungsweise 976 Pr.O. dem Schuldner aufgibt, für unversehrte Erhaltung der gepfändeten Stücke bei Vermeidung persönlichen Verhafts zu sorgen, beziehungsweise sich der eigenmächtigen Einärntung bei Gefängnißstrafe bis zu zwei Monaten zu enthalten, handelt als gesetzlicher Stellvertreter des Richters, der ihn mit Vornahme der Vollstreckung beauftragt hat, sonach des Civilrichters. Nun hat aber ohne allen Zweifel derselbe Richter, von welchem die Strafandrohung, wenn auch hier nur mittelbar, ausgeht, diese auch in Vollzug zu setzen. Dem Straferkenntnisse muß allerdings eine Untersuchung vorausgehen, für welche die Prozeßordnung keine Vorschriften enthält, allein hier vermittelt weder der Richter — noch gibt er — die Entscheidung über „Mein und Dein,“ sondern schreitet ge-

richtspolizeilich zur Wahrung des Ansehens seines Amts gegen den Schuldner ein, welcher unter eigenmächtiger Täuschung des ihm geschenkten Vertrauens dem richterlichen, im Interesse der öffentlichen Ordnung vom Gesetzgeber angeordneten Verbot zuwider gehandelt hat. Ist aber das Straferkenntniß von dem Amtsrichter in seiner Eigenschaft als Civilrichter erlassen, so geht es sicherlich nicht an, den Recurs, welchen die Strafprozeßordnung gegen strafgerichtliche Erkenntnisse einräumt, gegen jene Straferkenntnisse zuzulassen, weil es offenbar unzulässig ist, Entscheidungen des Civilrichters erster Instanz — in zweiter Instanz vor ein Strafgericht zu bringen: denn ein gerichtliches Verfahren kann in der höhern Instanz nicht eine andere Natur, ein anderes Wesen annehmen, als es in der ersten Instanz hatte.

Daraus, daß in §. 5 unter Ziff. 7 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 über die Einführung des Strafgesetzbuchs ausgesprochen ist, daß die in der bürgerlichen Prozeßordnung vorkommenden Strafbestimmungen neben dem Strafgesetzbuch bestehen bleiben, kann nicht gefolgert werden, es sei die Absicht des Gesetzgebers gewesen, solchen Strafen die Eigenschaft von Criminalstrafen zu verleihen. Wenn der Gesetzgeber dies gewollt, hätte er ihren Anspruch durch Aufnahme der in der bürgerlichen Prozeßordnung enthaltenen Strafdrohung in das Strafgesetzbuch dem Civilrichter abnehmen und dem Strafrichter übertragen müssen. Dieser ist aber nur, wenn die Merkmale des in §. 462 St.-G.B. bedrohten Vergehens vorliegen, zur Einschreitung berufen. Annalen XXI. (1854). No. 36 l. l. S. 281. 282.

Wenn nun der Recurs des Strafverfahrens nicht zulässig ist, so kann nur ein Rechtsmittel der bürgerlichen Prozeßordnung — entweder Appellation oder Beschwerdeführung — Platz greifen.

Das Rechtsmittel der Appellation findet nur statt gegen Entscheidungen über streitige Privatrechte und zwar zu Gunsten des Antragstellers nur gegen Verwerfung seiner Gesuche, zu Gunsten derjenigen Partei aber, gegen welche ein Antrag gestellt ist, nur gegen Erkenntnisse, denen ein Wechselverfahren vorausgegangen ist. §. 1125 Pr.O. Hier aber, wo die von Amtswegen zu erkennende Gefängnißstrafe mehr die Eigenschaft gerichtspolizeilicher Ahndung der eigenmächtigen Täuschung des Vertrauens, der Nichtachtung richterlicher Anordnungen und den Zweck hat, das Ansehen des Richteramtes zu wahren, kann das Rechtsmittel der Appellation nicht stattfinden und man ginge offenbar zu weit, wollte man diese Verhaftstrafen mit dem persönlichen Verhaft als Sicherungs- oder Vollstreckungsmittel — gleichstellen und daraus, daß gegen die Erkennung des letzteren Appellation nach §. 1128 Ziff. 6 zulässig ist, folgern, daß sie auch gegen Erkennung jener Verhaftstrafen zulässig sei. Denn die Frage, ob der Gläubiger ein Recht auf ein Sicherungs- oder Vollstreckungsmittel zur Vorbereitung des Vollzugs des noch zu erwirkenden Urtheils, beziehungsweise zum Vollzug eines über Beitreibung eines civilrechtlichen Anspruchs bereits erwirkten Urtheils habe, oder ob ein solches Recht nicht bestehe, ist wesentlich eine andere, als die, ob der Richter befugt sei, Ungehorsam gegen seine Befehle mit Gefängniß zu bestrafen. Hier handelt es sich nicht um Privatrechte, sondern um Aufrechthaltung der richterlichen Autorität.

Es erübrigt hiernach nur noch das Rechtsmittel der Beschwerdeführung, welches sogleich auf den ersten Blick als das hier allein geeignete erscheint. Nehmen wir aber den §. 1199 zur Hand, so finden wir zwar in Ziff. 5 desselben die Bestimmung, Beschwerdeführung finde statt, wenn Verweise oder Geldstrafen widerrechtlich erkannt worden seien, allein auffallender Weise ist hier ebensowenig als anderwärts der Gefängnißstrafen gedacht. Nun frägt es sich, sind sie absichtlich ausgelassen, oder beruht die Auslassung auf einem Uebersehen? Das letztere soll zwar bei dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, allein hier wird kaum eine andere Wahl bleiben!

Die Fassung der Ziff. 5 des §. 1199 Pr.O. ist offenbar zu eng, denn es läßt sich beim Mangel einer andern gesetzlichen Norm für Rechtsmittel gegen Gefängnißstrafen, welche der Civilrichter widerrechtlich erkannt haben soll, kein Grund einsehen, warum bezüglich dieser Strafen ein anderes Rechtsmittel stattfinden sollte, als gegen Verweise und Geldstrafen, während es sich doch in beiden Fällen darum und nur darum handelt, Ausschreitungen in Handhabung der Gerichtsdisciplin nicht aber darum, Mißgriffe in Entscheidung über „Mein und Dein" zu korrigiren.

s. Annalen XXI. (1854) No. 11. S. 8.

Hiernach wird auch gegen Gefängnißstrafen, welche ein Civilrichter zufolge der §§. 955 und 976 Pr.O. erkannt hat, nur das Rechtsmittel der Beschwerdeführung zulässig sein.

Wollte man die Appellation als das hier einschlagende Rechtsmittel gelten lassen, so würde überdies durch deren

Verhandlung ein zur Prüfung der Statthaftigkeit einer gegen eine Prozeßpartei vom Unterrichter erkannten Gefängnißstrafe wirklich überflüssiger und außer allem Verhältniß stehender Aufwand von Kosten und Zeit verursacht, welcher da wohl am Platze ist, wo es sich nach Ziff. 6 des §. 1128 der Pr.O. um Prüfung der Frage handelt, ob der vom Unterrichter anerkannte Anspruch einer Partie auf Verhaftung des Gegners zum Zweck der Beitreibung eines Ausstands, über welchen Anspruch ein ganzer Prozeß in einer Instanz durchgeführt worden ist, wirklich gegründet sei, mit andern Worten, ob ein Gläubiger das Recht habe, die Freiheit seines Schuldners zu dem Zwecke zu beschränken, um Vermögensverlust von sich abzuwenden.

Bei der Abstimmung sprachen sich 2 Mitglieder für jene und 11 für diese Ansicht aus.

Stempf.

II.

Von der Erlassung der Schuld.

(Aus Marcadé: Explication du Code civil).

§. 1.

Obgleich man im weitern Sinne sagen kann, der Gläubiger erläßt die Schuld, so wie er seine Schuldner frei und ledig spricht (was auch die Fälle der Zahlung und der Rechtswandlung umfassen würde), so liegt doch eine eigentliche Erlassung nur dann vor, wenn die Erlöschung einzig dem Verzichte des Gläubigers auf seine Forderung, aus dessen Entsagung auf sein Recht und zwar in einer Weise entspringt, daß die unmittelbare, die Erlöschung erzeugende Ursache in dem blosen Willen dieses Gläubigers gesehen werden muß.*)

Die Erlassung einer Schuld kann auf einem Vertrage beruhen oder nicht; denn so gut sie aus einer Rechtshandlung entspringen kann, welche nur durch das Zusammentreffen der Willen von Gläubiger und Schuldner zu Stande kommt, kann sie auch aus einem letzten Willen oder einer absoluten Entäußerung hervorgehen. Unter absoluter Entäußerung versteht man den Verzicht eines Gläubigers auf sein Recht, den er nicht im speciellen Interesse des Schuldners, sondern einzig in der Absicht leistet, sich seiner Forderung zu entledigen. In dem letzteren Falle tritt die Erlöschung der Schuld ohne den Willen des Schuldners, ja sogar gegen dessen Willen, ein.

Die Erlassung geschieht entweder unter belastetem oder unentgeldlichem Rechtstitel, je nach dem der Gläubiger einen Vortheil für seinen Verzicht erhält oder nicht. Sie ist eine belastete, wenn sie durch Vergleiche geschieht, oder wenn sie einer vom anderen Theile seiner Seits verwilligten Erlassung entspricht.

§. 2.

Die Erlassung ist eine ausdrückliche oder eine stillschweigende. Die stillschweigende, namentlich unentgeldliche Erlassung, darf nicht leichthin angenommen, und nur dann zugelassen werden, wenn sie deutlich aus den Umständen hervorgeht.

Einen Fall gibt es übrigens, in welchem das Gesetz sie als ipso jure vorhanden annimmt. Er liegt dann vor, wenn der Gläubiger dem Schuldner die Rechtsurkunde, welche die Verbindlichkeit beweist, freiwillig übergibt, und es überdies dargethan ist, daß die Uebergabe nicht die Folge einer Zahlung ist. Im Falle des Widerspruchs hat der Gläubiger zu beweisen, daß die Rechtsurkunde nicht freiwillig von ihm ausgeliefert wurde, oder daß dies nicht in Folge einer Zahlung geschehen sei; denn der Besitz der Rechtsurkunde bewirkt für den Schuldner, bis zum Beweise des Gegentheils, die Vermuthung einer Rückgabe eher als eines Verlierens, oder einer Entwendung, und diese Rückgabe läßt eher eine Zahlung vermuthen als eine Erlassung. Da diese Vermuthung der Erlassung (und folglich der Tilgung der Schuld und der Befreiung des Schuldners) kraft Gesetzes aus jeder Uebergabe des Titels entspringt, von welcher der Gläubiger nachweist (oder der Schuldner zugesteht), daß sie nicht die Folge einer Zahlung gewesen, so ist kein Gegenbeweis zulässig, wenn der Originaltitel überliefert worden ist; dann aber ist der Gegenbeweis möglich und der Gläubiger hat das Recht, die Vermuthung der Befreiung zu bestreiten, wenn er nur eine Ausfertigung der öffentlichen Urkunde übergeben hat, von der ihm der Hauptaufsatz bleibt.

Endlich zerfällt die Erlassung da, wo mehrere Mit-

*) Bei der Rechtswandlung z. B. liegt der unmittelbare Erlöschungsgrund in der Thatsache der Substituirung der Forderungen und nicht in dem Willen, der nur deren mittelbarer Grund ist. Der Wille der Parteien erzeugt die Rechtswandlung der Schulden, und diese Rechtswandlung ihrer Seits bewirkt die Erlöschung der alten Schuld.

verpflichtete vorhanden sind, in eine dingliche und eine persönliche, je nach dem sie die Schuld selbst trifft, so daß sie alle Schuldner befreit, oder sich nur auf einen der Verpflichteten bezieht und nur diesen frei macht.

§. 3.

Welcher Art die Erlassung auch sein mag, so kommt sie doch nur unter der Voraussetzung der Einhaltung der allgemeinen Erforderniße, die für das Rechtsgeschäft vorgeschrieben sind, wodurch sie hervorgebracht wird, zu Stande.

Wenn z. B. kein absoluter unbedingter Verzicht vorliegt, dann wird die Erlassung nur bewirkt, wenn der Vertrag durch die Annahme des zu seinen Gunsten geleisteten Verzichts durch den Schuldner zu Stande kömmt. Wenn der Vertrag, in welchem die Erlassung enthalten ist, einen Vergleich darstellt, dann genügt es nicht an der Einhaltung der Regeln, die für die gewöhnlichen Verträge gelten, es müssen die beiden Betheiligten auch fähig sein, sich zu vergleichen. — Ist die Erlassung eine unentgeldliche, dann müssen die Partien fähig sein, zu schenken und zu empfangen, und es finden geeigneten Falls die Regeln der Minderung und der Einwerfung ihre Anwendung; die Regeln über die Formen der Schenkungen dagegen greifen hier nicht ein, weil es sich dabei nicht um eine Schenkung im eigentlichen Sinn handelt.

§. 4.

Die natürliche Wirkung der Erlassung, auf welche Art diese auch geschehen mag, besteht in der Tilgung der Verbindlichkeit und ihrer Accessorien. Wenn diese Wirkung nun auch da keinerlei Schwierigkeit bietet, und zu keiner besonderen Bemerkung Veranlassung gibt, wo nur ein einzelner Schuldner vorhanden ist, so ist dem doch nicht ebenso, wenn mehrere Mitverpflichtete der Schuld vorhanden sind; und man muß dann mehrere Unterscheidungen machen, um zu erfahren, ob die Erlassung eine dingliche oder eine persönliche ist, und welche Folgen sie nach sich zieht.

Die ausdrückliche Erlassung, welche einem der Sammtschuldner gewährt wurde, findet, wo keine ausdrückliche Beschränkung vorliegt, auf die ganze Schuld ihre Anwendung, und befreit alle Schuldner gänzlich. Wenn sie ausdrücklich auf den Antheil des Mitschuldners beschränkt ist, dann tilgt sie die Schuld für diesen Antheil und befreit die anderen Schuldner um eben so viel; sie befreit sie auch im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Einen von ihnen von dem Antheile, der aus dieser Zahlungsunfähigkeit auf Jenen gefallen wäre. Es ist übrigens klar, daß der Gläubiger, wenn er sich dahin erklärt, den Mitschuldner nur seiner Sammtverbindlichkeit entlassen kann, wodurch die Verbindlichkeit gegen diesen für seinen Antheil und gegen die Anderen für das Ganze aufrecht erhalten würde. — Wenn die einem der Sammtschuldner verwilligte Erlassung nur eine stillschweigende ist, so befreit sie die anderen vollkommen, wenn sie aus der freiwilligen Uebergabe der Rechtsurkunde entspringt. In anderen Fällen muß man aus den Umständen des einzelnen Falles entnehmen, welche Ausdehnung die Betheiligten der Erlassung zu geben beabsichtigten.

§. 5.

Im Falle die Schuld durch Bürgen sicher gestellt ist, befreit die ausdrückliche oder stillschweigende Erlassung dem Hauptschuldner gegenüber offenbar auch die Bürgen. Die Erlassung, welche dem einzigen Bürgen, oder allen Bürgen als solchen geschieht, macht offenbar den Schuldner nicht frei; sie hebt nur die Bürgschaft auf und übt durchaus keinen Einfluß auf die Schuld, wie dies auch mit dem Verzichte auf ein Unterpfand, ein Einsatzpfand oder jede andere Sicherstellung der Fall wäre. Die Erlassung, die einem der Bürgen als solchem geschieht, vermindert um ebensoviel die Bürgschaftsschuld und befreit die anderen Bürgen sowohl für den Antheil des Ersteren an der Schuld, als auch für den Bruchtheil, den derselbe, im Falle des Eintretens der Zahlungsunfähigkeit Eines der Anderen, hätte übernehmen müssen. Anders würde es sich verhalten und die Entlassung des einen Bürgen würde für die Uebrigen wirkungslos bleiben, wenn der entlassene Bürge sich der Verpflichtung der Anderen erst durch eine spätere Rechtshandlung angeschlossen hatte, so daß diese nicht auf ihn zählen konnten. So oft übrigens die Entlassung eines Bürgen nur um einen bestimmten Preis verwilligt wurde, so wird diese Erlassung dadurch schon eine dingliche, oder besser gesagt, es liegt dann kraft Gesetzes eine Zahlung bis zum Belaufe der vom Gläubiger erhaltenen Summe vor. Wenn man sogar erklärt hätte, man wolle nur den Bürgen entlassen und die Summe, die dieser zahle, sei nur der Preis der Gefahren, denen man ihn entziehe, so müßte diese Summe doch auf die Schuld aufgerechnet werden, und würde um eben so viel alle Verpflichteten befreien.

§. 6.

Wenn die verschiedenen Verpflichteten, deren Einem die Erlassung geschah, alle in Bezug auf den Gläubiger sammtverbindliche Schuldner, während sie zu gleicher Zeit unter sich Hauptschuldner und Bürgen sind, dann muß man darauf sehen, ob der Verpflichtete in der Eigenschaft als sammtverbindlicher Mitschuldner, oder in seiner Eigenschaft als Hauptschuldner oder Bürge entlassen worden ist; denn nach dem in den zwei vorhergehenden Absätzen Gesagten ist es begreiflich, daß die Wirkung der Erlassung je nach den Fällen häufig verschieden ist.

Es ist dies offenbar eine Thatfrage, eine Frage der Absicht, die, in Ermangelung hinreichend bestimmter Erklärung, in den Umständen ihre Entscheidung findet. So kann es keinen Zweifel verursachen, wenn die Erlassung für den Antheil des Verpflichteten, gerade an denjenigen der sammtverbindlichen Mitschuldner gerichtet wird, welcher allein der wirkliche Schuldner ist (indem die Anderen in Bezug auf ihn nur Bürgen sind), hier ist es ganz klar, daß die Erlassung ihn nur in seiner Eigenschaft als sammtverbindlicher Mitschuldner und nur für seinen Kopftheil geschieht, denn nur in dieser Eigenschaft als sammtverbindlicher Mitschuldner hat er einen Antheil. Im Zweifel muß man übrigens annehmen, daß der Verpflichtete als sammtverbindlicher Mitschuldner entledigt worden sei; das ist darum einleuchtend, weil er dem Gläubiger, der die Erlassung bewilligt, gegenüber diese Eigenschaft hat, und nur in Bezug auf seine Mitverpflichteten als Hauptschuldner oder Bürge dasteht.

So oft übrigens die Einem der verschiedenen Verpflichteten verwilligte Erlassung sie Alle befreit, hat jener entweder einen Rückgriff auf seine Mitverpflichteten oder er hat keinen, je nach dem die von ihm erlangte Erlassung unter belastetem oder unentgeldlichem Rechtstitel geschah. Wenn der Mitverpflichtete durch irgend welche Opfer seine und seiner Genossen Befreiung erkauft hat, dann ist es klar, daß er deren Geschäfte geführt hat, was sie verpflichtet, ihn zu entschädigen; war aber die Erlassung eine rein unentgeldliche, dann kann von keiner Schadloshaltung die Rede sein, da eine Schadloshaltung nur eine Vergütung erlittenen Verlustes ist .... Allerdings kann der Gläubiger einer Verbindlichkeit, wozu Mehrere verpflichtet sind, Einem derselben unentgeldlich den Vortheil der Forderung in der Weise verleihen, daß der so Begünstigte sich von seinen Mitverpflichteten zahlen lassen kann; dazu gehört aber eine Uebertragung und nicht eine Tilgung der Forderung; es läge darin eine Schenkung, eine Cession der Forderung (als welche, abzüglich des durch Rechtsvermischung erloschenen Theils, fort bestehen bliebe) und keineswegs ein Fall einer Erlassung.

Adrian Pfaff.

III.

Ueber die Auslegung des §. 59 St.G.B. bezüglich der Berechnung des höchsten zulässigen Maaßes der Schärfung mit Hungerkost bei Freiheitsstrafen bis zu drei Monaten.

Zwischen zwei Behörden war in einem gegebenen Falle eine Meinungsverschiedenheit über die obige Frage entstanden, und dadurch eine Entscheidung von Seiten des mittelrheinischen Hofgerichts nothwendig geworden.

Von einer Seite war die Ansicht aufgestellt worden, daß nach §. 59 die Schärfung durch Hungerkost, sobald eine Freiheitsstrafe 3 Wochen bis 3 Monate (§. 60 St.G.B.) betrage, immer nur für je drei volle Wochen in 7 Tagen bestehen dürfe, mithin arg. a contrario: für einen kleineren Zeitabschnitt verhältnißmäßig vermindert werden müsse, so daß also z. B. für 8 Wochen Amtsgefängniß die Hungerkost in den ersten zweimal drei Wochen auf je 7 Tage, in den letzten zwei Wochen aber nur auf ⅔ von 7 Tagen, mithin auf 4 Tage, demnach zusammen auf 18 Tage zu berechnen sei.

Von der Gegenseite aber wurde, gestützt auf die bekannte Tabelle des großh. Hofgerichts des Seekreises, so argumentirt: man müsse mit §. 59 den §. 54 Ziff. 3 in Verbindung setzen, woraus sich ergebe, daß Ersterer nur für die vollen 3 Wochen ein Maximum der Schärfung mit Hungerkost festsetze, für kleinere Zeitabschnitte aber §. 54 Z. 3 maaßgebend sei, mithin bei den obigen 8 Wochen Amtsgefängniß zwar gemäß §. 59 in den ersten zweimal drei Wochen die Schärfung nur zweimal 7 Tage, also 14 Tage betragen dürfe, für die restirenden zwei Wochen aber gemäß §. 54 Z. 3 weitere 7 Hungerkost zulässig seien, solche mithin im Ganzen auf 21 Tage festgesetzt werden könne.

Letztere Ansicht wurde von dem großh. Hofgerichte mit Verfügung vom 25. Oktober l. J. No. 4187 als die richtige anerkannt, indem der Gerichtshofe folgendem Vortrage seines Referenten zustimmte:

Die Quellen zur Auslegung des Strafgesetzbuchs enthalten für unsere Frage in den Motiven, Berichten und Diskussionen nichts Erhebliches, wohl aber ist die allmählige Entstehung der jetzigen Fassung des §. 54 Z. 3 und §. 59 geeignet, Aufklärung zu geben.

In dem ersten Entwurfe lautet:

§. 54 Z. 3 (§. 52 des Entwurfs).

„Hungerkost bestehend ꝛc. ꝛc. nach einander nicht „mehr als vier Tage, je um den andern Tag."

§. 59 (§. 55 des Entwurfs).

„Die abermalige Anwendung einer der übrigen „Schärfungen (worunter die Hungerkost) kann „nicht vor Ablauf einer Zwischenzeit eintreten, „welche der Dauer der stattgehabten Schärfung „gleichkommt."

Die Commission der II. Kammer schlug nur zu dem letztern §. eine hier nicht erhebliche Aenderung vor, welche jedoch von der II. Kammer nicht angenommen wurde, indem diese vielmehr statt dieser Stelle des §. 55 des Entwurfs vorschlug:

§. 55a.

„Der Dunkelarrest und ebenso die Schärfung mit „Hungerkost darf im Laufe von 14 Tagen nie„mals mehr als vier Tage betragen."

Die I. Kammer dagegen erhöhte zu §. 54 (52) Z. 3 die Schärfung dahin, daß sie sieben Tage betragen dürfe, wie diese Stelle auch jetzt lautet, und gab dem §. 55a die jetzige Fassung des §. 59, und Beides wurde dann in das St.G.B. aufgenommen.

Der Grundgedanke aller verschiedenen Redactionen liegt nun darin, daß nach dem Vollzuge der Hungerkost in ihrem ersten Maximum eine Zeit der Ruhe eintreten solle, welche an Dauer der Zahl der Schärfungstage gleichkommt, weßhalb nach Erstehung von sieben Tagen Hungerkost, wozu 14 Tage nöthig sind, die Pause ebenfalls sieben Tage betragen müßte, und so für drei Wochen die Schärfung durch Hungerkost nur in sieben Tagen bestehen darf. Dieß mathematische Verhältniß war dann die Veranlassung, jenen Grundsatz so zu fassen, wie er jetzt im §. 59 lautet, daß nemlich auf 3 Wochen nur 7 Tage Hungerkost fallen dürfen. Nach dieser Auffassung des §. 59 muß also immer die dritte Woche frei bleiben von Schärfung mit Hungerkost, während im Uebrigen §. 54 Z. 3 entscheidet, mithin in dem obigen Beispiele von 8 Wochen Gefängniß sowohl die 1. und 2., als auch die 4. und 5., sowie die 7. und 8. Woche mit je 7 Tagen Hungerkost für je 2 Wochen, also im Ganzen mit 21 Tagen Hungerkost geschärft werden dürfen, wogegen die 3. und 6. Woche ganz frei bleiben.

Diese Auslegung hat den Vorzug, daß sie den §. 54 Z 3 und §. 59 in Einklang bringt, während nach der gegentheiligen Ansicht sich ein unlösbarer Widerspruch zwischen Beiden ergibt. Wollte man den §. 59 nemlich auf kleinere Zeitabschnitte verhältnißmäßig anwenden, so dürfte immer nur auf 3 Tage Gefängniß ein Tag Hungerkost kommen ($2\frac{1}{7}=3$), während §. 54 Z. 3 diese Schärfung je um den andern Tag zuläßt. Um diesem Einwurfe zu begegnen, könnte man vielleicht sagen, daß §. 59 nur auf Strafen von und über 3 Wochen Anwendung finde, allein seiner Fassung nach ist ein solcher Unterschied nicht gestattet.

Gerade diese Fassung ist übrigens auch der hier vertheidigten Ansicht günstig, da sie nur von dem vollen Zeitraum von 3 Wochen spricht, und somit die Bestimmung wegen kürzerer Perioden dem §. 54 Z. 3 überläßt, welche Gesetzesstelle auch das arg. a contr. aus §. 59 ausschließt, weil solches dann wegfällt, wenn eine andere Gesetzesstelle für den unausgedrückten Fall Vorsorge getroffen hat.

Auch die §§. 60 und 61 sind erheblich, wonach auch für den Rest von nicht ganz einem Monate, beziehungsweise ¼ Jahre die Schärfung durch Hungerkost nach §. 54 Z. 3 zu berechnen ist.

Ganz schlagend für die Richtigkeit der hier angenommenen Auslegung sind aber §§. 69. 167 St.G.B. wo für Disziplinarstrafen und gewisse andere Strafen, um eine strengere Bestrafung möglich zu machen, die Zwischenzeit für die Wiederholung von Schärfungen (und in §. 167 namentlich auch für Hungerkost) auf 4 Tage herabgesetzt ist, denn hieraus ergibt sich, daß §. 59 eben auch nur eine Zwischenzeit von 7 Tagen festsetzt, welche in §§. 69. 167 zu dem angegebenen Zwecke verringert wird.

Die Mittheilung dieser ausführlichen Erörterung (und so auch diese selbst), dürfte sich dadurch rechtfertigen, daß je nach dem man einer von beiden Ansichten beipflichtet, sich die Berechnung der Schärfung mit Hungerkost für alle, drei Wochen übersteigende Freiheitsstrafen ganz anders gestaltet, wie denn die Adoption der hier bekämpften Meinung dazu geführt hätte, daß die erwähnte Tabelle des großh. Hofgerichts des Seekreises *) für alle, drei Wochen übersteigende Freiheitsstrafen als unrichtig erscheinen würde.

Dr. Puchelt.

*) Erwähnte Tabelle ist seiner Zeit in diesen Blättern besprochen worden. S. Annalen XVIII. 272. D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 46.

I.

Der Verkauf einer fremden Sache ist nichtig.

(Marcadé: ad Art. 1599, III.)

Da bei uns der Verkauf die Uebertragung des Eigenthums zur unmittelbaren Folge hat, so kann ich das nicht verkaufen, was mir nicht gehört, dessen Eigenthümer ich nicht bin, weil man kein Recht auf einen Andern übertragen kann, das man selbst nicht hat. Der Verkauf einer fremden Sache ist also heut zu Tage nichtig: nulla est venditio, es liegt kein Verkauf vor; es liegt ein Rechtsgeschäft vor, das den Anschein eines Verkaufes hat, aber es ist kein solcher.

Da es sich hier also um eine Nichtigkeit im eigentlichen Sinne handelt, um einen scheinbaren Kaufvertrag, der keinerlei gesetzlichen Bestand hat, so sollte man meinen, dessen Nichtigkeit könne unter allen Umständen und von allen Betheiligten geltend gemacht werden. Dem ist jedoch nicht also, und Jedermann gibt zu, daß man in dieser Beziehung Unterscheidungen machen müsse. Richtig ist, daß die Schriftsteller weit entfernt sind, sowohl über die Fälle einig zu sein, in welchen die Nichtigkeit vorgeschützt werden kann oder nicht, als über die Grundsätze, welche für den Inbegriff dieser Lehre oder deren veschiedene besonderen Seiten gelten müssen; hierin liegt im Gegentheile einer der dunkelsten, am wenigsten erläuterten Punkte des Gesetzbuchs. Alle sind aber wenigstens über die Thatsache einig, daß man weit entfernt ist, den Satz, den man zwar allgemein annimmt, gut zu begründen, daß nemlich der Verkäufer, wenn er auch zuweilen die Nichtigkeit geltend machen kann, sie doch nicht immer vorschützen kann. Troplong (No. 238) behauptet, er könne es nie; Duvergier (No. 320) lehrt, er könne es, wenn er im guten Glauben verkauft habe, nicht aber, wenn er wußte, daß ihm die Sache nicht zugehörte; Zachariä (II. §. 351) endlich entscheidet, daß er ohne Unterschied zwischen gutem und bösem Glauben, die Nichtigkeit im Wege der Einrede immer, niemals aber im Wege einer Klage geltend machen könne .... Das ist, wie wir glauben, die einzig richtige Ansicht, eine Ansicht, die obgleich sie auf einer andern und richtigern Grundlage beruht, als Zachariä ihr gibt, dennoch zu dem gleichen Resultat führt.

Zunächst handelt es sich allerdings um eine totale Nichtigkeit, um einen Fall, wo der Verkauf wirklich nichtig und nicht vorhanden, und nicht blos anfechtbar ist: das ist klar, weil der Verkauf zwischen uns nur ein solches Rechtsgeschäft sein kann, welches das Eigenthum an der Sache überträgt, und weil das Eigenthum an einer Sache nur von dem übertragen werden kann, dem es zusteht, mithin der scheinbare Verkauf, den ein Dritter über eine fremde Sache abschließt, kein Verkauf ist.

Dieser blos scheinbare Verkauf ist also ohne rechtliche Wirklichkeit, und sein gesetzliches Nichtbestehen kann ohne Anstand sowohl vom wahren Eigenthümer gegen den Käufer, als von diesem gegen den Verkäufer geltend gemacht werden. Es kann dies in der Weise durch den Eigenthümer geschehen, als welcher immer, so lange eben die Verjährung bezüglich seines Gutes noch nicht vollendet ist, solches zurückfordern kann, daß er den angeblichen Verkauf, den man ihm etwa entgegen hält, als eine gesetzlich nie dagewesene Sache beseitigt. Es kann dies auch durch den Käufer geschehen, der immer (und darin liegt der hauptsächlichste praktische Unterschied zwischen den entgegengesetzten Regeln des römischen und unseres gegenwärtigen Rechtes: ehemals hieß es, valet rei alienae emtio; jetzt, der Verkauf einer fremden Sache ist nichtig) die Zahlung des Preises und die Annahme der Sache verweigern, oder diesen Preis, wenn er schon

bezahlt ist, gegen Rückgabe der Sache zurückfordern kann, so wie er beweist, daß man ihm eine fremde Sache verkauft habe. Wir behaupten, er kann dies immer und selbst dann, wenn er von Anfang an gewußt hat, daß die Sache dem Verkäufer nicht gehört habe und dieser darüber in Unwissenheit war. Ohne Zweifel kann er in diesem Falle dem Verkäufer gegenüber zur Entschädigung verurtheilt werden, weil er treulos und schlecht gehandelt hat, indem er den Irrthum, in dem dieser sich befand und den er kannte, mißbrauchte; er müßte also, in Anwendung des Art. 1382 die Unkosten des Kaufs und eintretenden Falls noch weitere Entschädigungen bezahlen. Aber trotz dem könnte er die Nichtigkeit des angeblichen Kaufs vorschützen, weil, wie es in der Natur der Sache liegt, dieser Kauf nicht vorhanden ist, er mithin nicht Eigenthümer wurde, und weil seine Verbindlichkeit darum ohne Ursache ist und nie bestanden hat, weil die Uebertragung des Eigenthums, welche die Ursache seiner Verbindlichkeit, den Kaufpreis zu zahlen, abgeben sollte, nicht da war. Der Art. 1599 macht auch keinen Unterschied zwischen gutem und bösem Glauben des Käufers, außer um ihm Entschädigung vom Verkäufer zu- oder abzusprechen, aber keineswegs bezüglich der Nichtigkeit des Kaufs.

Dieses unbeschränkte Recht, die totale Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes vorzuschützen, um ihm jede Wirkung zu entziehen, steht aber dem Verkäufer nicht in gleicher Weise zu. Ohne Zweifel ist das Rechtsgeschäft auch ihm gegenüber nichtig, es ist es aber nicht so vollständig, es ist es nicht gänzlich: das Rechtsgeschäft ist als Verkauf und als ein Vertrag, der Eigenthum überträgt, nichtig und nicht vorhanden, er ist es aber nicht, insoweit es Verbindlichkeiten erzeugt. Der Verkäufer mußte neben dem, daß er gehalten war, das Eigenthum an der Sache zu übertragen, auch deren freien Besitz verschaffen und seinem Käufer für jede Entwährung Gewähr leisten oder ihn entschädigen; wenn er nun die erste Pflicht nicht erfüllen kann, so kann er zuweilen die zweite erfüllen, und so oft er dieses gesetzlich und erlaubter Weise kann, ist er natürlicher Weise gehalten, es zu thun. Mit einem Worte, wenn der Verkäufer seine Rolle als solcher nicht ganz ausfüllen und seine Verpflichtungen nicht ganz einhalten kann, so muß er es wenigstens in den Grenzen, in welchen Recht und Sitte es ihm gestatten. Diese Regel ist es, aus der wir noch mehrere Folgen abzuleiten haben, welche den Verkäufer zuweilen hindern, sich dem Käufer gegenüber auf die Nichtigkeit der von ihm unterzeichneten Akte zu berufen. Wir wollen nun sehen, in welchen Fällen er es kann, in welchen nicht!

Wenn die verkaufte Sache noch nicht übergeben worden ist, kann da der Verkäufer dem Käufer, der ihn auf diese Ueberlieferung belangt, um sich hiervon frei zu machen, die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes entgegen halten? Wir glauben, er kann es sogar dann, wenn er das wahre Sachverhältniß schon im Augenblicke des Kaufabschlusses kannte. Darin, daß er eine erste unerlaubte Rechtshandlung vorgenommen hat, indem er wissentlich die fremde Sache verkaufte, liegt gewiß kein Grund, daß er auch eine zweite vornehme, indem er sie übergibt: da das Rechtsgeschäft der Sittlichkeit und dem Gesetze zuwider ist, so kann man ihn nicht zwingen es zu erfüllen; statt das Gut einem Dritten zu übergeben, ist es vielmehr seine Pflicht, sich mit dem Eigenthümer zu verständigen, indem er es ihm entweder abkauft, und so seinem eigenen Verkaufe Rechtsbeständigkeit verschafft, oder es zurückgibt, wenn derselbe sich weigert, zu verkaufen, indem er außerdem dem Dritten alle Entschädigungen leistet, worauf dieser Anspruch haben mag. Es ist also unrichtig, wenn man mit mehreren Rechtsgelehrten, namentlich Delvincourt, behauptet, der Käufer könne hier wie im römischen Rechte den Verkäufer zur Uebergabe zwingen, der sich dessen weigert, indem er sich auf die Nichtigkeit des Verkaufs beruft: zu Rom, wo der Kauf gültig war, konnte der Verkäufer natürlich gezwungen werden, zu übergeben; aber heut zu Tage, wo dieser Kauf nichtig ist, und wo die wissentliche Uebergabe folglich eine gesetzlich und sittlich verbotene Handlung wäre, hat der Verkäufer offenbar das Recht, sich dessen zu weigern, indem er das Nichtbestehen des angeblichen Verkaufs vorschützt und die Entschädigung zahlt. Ohne Erfolg würde man hier aus dem guten Glauben des Käufers argumentiren; denn abgesehen davon, daß dieser gute Glaube für den Richter keinen Grund abgeben kann eine unerlaubte Handlung zu befehlen und nur einen Anspruch auf Entschädigung gibt, welche ohnedies nicht eintreten würde, kann auch der Käufer nach der Vernehmlassung des Verkäufers, nicht ferner von seiner Unkenntniß und dem gutgläubigen Besitze sprechen zu dem er mittelst der Uebergabe, auf welche er klagt, gelangen wollte, weil diese Vernehmlassung diese Unkenntniß und diesen guten Glauben dadurch aufhebt, daß sie ihn belehrt, die Sache habe dem Verkäufer nicht zugehört. Der Verkäufer kann sich also auf die Nichtigkeit berufen, so lange die Uebergabe nicht geschehen ist und

zwar um sich von dieser Uebergabe frei zu machen. Kann er sie aber auch vorschützen, wenn die Sache überliefert ist, um sich diese Sache zurückgeben zu lassen? Wir glauben es nicht. Auf der einen Seite kann der Verkäufer den Käufer in der That nie entwähren, er, der verpflichtet ist, ihm Gewähr zu leisten und ihn für die Entwährung durch einen Dritten zu entschädigen: quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio; und auf der anderen Seite gibt ihm die Nichtigkeit des Kaufs kein Klagrecht gegen diesen Käufer, weil diese Nichtigkeit bewirkt, daß die Sache dem Käufer nicht gehört; der wahre Herr hat allein das Eigenthum behalten, und er allein kann demnach auf Rückgabe des Guts klagen. Der Verkäufer kann hier also nicht klagen, und was seine Verbindlichkeit dem Eigenthümer gegenüber anbelangt, so besteht diese alsdann nicht in der Rückgabe der Sache, im Falle der Weigerung zu verkaufen (denn er hat sich dieses Vergütungsmittels durch die Uebergabe dieser Sache beraubt), sondern nur darin ihm Nachricht zu geben, damit in diesem gleichen Falle der Weigerung zu verkaufen, der Eigenthümer selbst eine Entwährungsklage anstelle, wofür er, der Verkäufer, den Käufer zu entschädigen hat. Wir kommen also, wie Zachariä, zu der Behauptung, daß der Verkäufer die Nichtigkeit des Kaufs wirksam nur auf dem Wege der Einrede, niemals auf dem der Klage vorschützen kann, trotz der entgegengesetzten Ansicht Duvergiers und eines Bescheids des Cassationshofs.*)

Adrian Pfaff.

II.

Rechtsfall.

1) Das Gericht kann nicht seine eigenen Urtheile, nachdem diese den Partheien eröffnet sind, wieder aufheben. Pr.O. §. 1121.

2) Die in §. 368 gemachte Ausnahme bezieht sich nur auf Beweiserkenntnisse, nicht auf andere Zwischenbescheide.

So hat das großh. Oberhofgericht den 13. Oktober 1856 in der Sache Traitteur gegen Deurer erkannt, wie aus den hier folgenden Entscheidungsgründen hervorgeht:

*) Dev., 32. 1. 666.

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises hat durch Zwischenurtheil vom 11. Juni 1851 in dieser Sache zu Recht erkannt: daß die von dem Beklagten vorgeschützten prozeßhindernden Einreden zu verwerfen und Beklagter schuldig sei, sich auf die Klage vernehmen zu lassen.

Dieses Zwischenurtheil beruhte darauf, daß der Gerichtshof die Einreden für rechtlich nicht begründet erachtet hat. Es wurde ihnen deßhalb nicht blos die prozeßhindernde Wirkung abgesprochen, sondern sie wurden durch jenen Zwischenbescheid gänzlich verworfen, wie sich nicht allein aus den Entscheidungsgründen zum Urtheil ergibt, sondern in einer spätern hofgerichtlichen Verfügung vom 12. Januar 1852 ausdrücklich gesagt ist.

Nachdem in Folge dieses Zwischenbescheids die Einlassung des Beklagten und weiteres Verfahren stattgefunden hatte, erließ das großh. Hofgericht ein Endurtheil, wodurch der Kläger mit seiner Klage abgewiesen wurde. Die Entscheidungsgründe zu diesem Endurtheil zeigen, daß das großh. Hofgericht nach der Schlußverhandlung die Einreden, welche durch den Bescheid vom 11. Juni 1851 für unbegründet erklärt waren, einer nochmaligen Prüfung unterworfen, dieselben nunmehr als begründet erkannt und die Abweisung des Klägers darauf allein gestützt hat.

Hiegegen beschwert sich der Kläger und verlangt die Aufhebung des hofgerichtlichen Urtheils namentlich auch deßhalb, weil das Hofgericht nicht befugt gewesen sei, sein früheres Urtheil zum Nachtheil des Klägers wieder abzuändern.

Daß nun in dem Endurtheil wirklich eine Aufhebung des früheren Zwischenbescheids liegt, und daß diese Aufhebung die Grundlage des Endurtheils bildet, kann mit Grund nicht bestritten werden. Zwar hat das Hofgericht in seinem Endurtheil nicht die Formel gewählt, es sei der Zwischenbescheid vom 11. Juni 1851 wieder aufzuheben, die Einrede des Beklagten für begründet zu erklären und deßhalb der Kläger abzuweisen, sondern es hat sich auf den Ausspruch der Abweisung beschränkt, ohne das frühere Erkenntniß in dem Endurtheil zu berühren. Das Wesen der Sache bleibt aber dasselbe, mag die Aufhebung des früheren Bescheids durch den decisiven Theil des Enderkenntnisses oder durch die Entscheidungsgründe geschehen sein, und es ist somit das Endurtheil gerade so zu betrachten und zu behandeln, wie wenn jene Aufhebung ausdrücklich im Endurtheil selbst erfolgt wäre.

Daß nun aber diese von dem Hofgericht erfolgte Wie-

deraufhebung seines früheren Zwischenbescheids eine unbefugte war, ist nach den Bestimmungen der Pr.-O. nicht zweifelhaft. Der §. 1121 der Pr.O. hat den — auch sonst überall gültigen — Grundsatz aufgestellt, daß der Richter ein Urtheil oder einen Zwischenbescheid, den er erlassen und verkündet hat, nicht selbst wieder aufheben, daß dieses vielmehr nur vom Oberrichter auf den Grund eines Rechtsmittels geschehen dürfe, das diejenige Partei ergriffen hat, zu deren Nachtheil der Bescheid ergangen ist. Zwar findet dieses Rechtsmittel nach §. 1128 Abs. 2 d. Pr.O. in der Regel nicht sogleich nach der Verkündung des Zwischenbescheids statt, sondern es muß bei der Appellation gegen das Endurtheil geltend gemacht werden; allein dadurch, daß die Verfolgung des Rechtsmittels auf einen spätern Abschnitt des Prozesses verschoben wurde, ist an der Regel, daß die Zwischenbescheide der Rechtskraft empfänglich sein sollen, nicht nur nichts geändert, sondern es ist jene Regel consequent bestätigt worden.

Nur als Zwischenappellation findet das Rechtsmittel nicht statt, wohl aber mit der Appellallation gegen das Endurtheil oder im Wege der Anschließung an dieselbe. Gegenstand der Zwischenbescheide ist nun insbesondere und hauptsächlich die Verwerfung einzelner Angriffs- und Vertheidigungsmittel im Laufe des Verfahrens, damit eine weitere unnöthige Verhandlung über dieselben abgeschnitten wird, also namentlich die Verwerfung von Einreden, weßhalb der §. 1121 zweifellos auf das Zwischenerkenntniß vom 11. Juni 1851 Anwendung findet. Zwar hat das großh. Hofgericht den §. 368 der Pr.O. auch auf dieses Erkenntniß für anwendbar erklärt, allein diese Anwendung ist eine irrige. Jener §. enthält allerdings eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des §. 1121, er spricht aber nur von Beweiserkenntnissen. Er darf daher um so weniger auf andere Zwischenbescheide ausgedehnt werden, als durch eine solche Ausdehnung die Regel des §. 1121, soweit sie auch für Zwischenbescheide gegeben ist, geradezu aufgehoben würde. Hiernach war also der Streitpunkt, der sich über die fraglichen Einreden entsponnen hatte, für das großh. Hofgericht durch das Zwischenurtheil erledigt. Es durfte nicht nochmals über diesen Streitpunkt erkennen, sondern der Kläger war berechtigt zu verlangen, daß das Hofgericht nunmehr über die anderweiten Streitmaterialien ein Urtheil erlasse, und dabei die verworfenen Einreden als gar nicht vorgeschützt betrachte.

Auch der Oberrichter konnte nach Lage der Sache, wie sie hätte anfrecht erhalten werden sollen, den erledigten Streitpunkt nur unter der Voraussetzung seiner Prüfung unterziehen, daß diejenige Partei, zu deren Nachtheil jener Zwischenbescheid ergangen ist, also der Beklagte eine Beschwerde dagegen aufgestellt hätte, was zur Zeit aber nicht geschehen ist, und deßwegen nicht geschehen konnte, weil das Hofgericht selbst jenen Bescheid wieder abgeändert und dadurch der andern Partei die Rolle des Appellanten zugewiesen hat.

Wenn hiernach der wesentliche Inhalt des hofgerichtlichen Urtheils in einer Aufhebung oder einer Abänderung des eigenen früheren Zwischenbescheids besteht, wenn dasselbe dadurch über einen Streitpunkt erkannt hat, über den es nicht mehr erkennen durfte, und dagegen unterlassen hat, über andere Streitpunkte zu erkennen, über die es erkennen mußte, so hat es den §. 1121 der Pr.O. verletzt und es fehlt seinem Endurtheil eine wesentliche Bedingung der Rechtsbeständigkeit.

Bei dieser Sachlage muß, wie nach allgemeinen Grundsätzen und §. 1163 Abs. 5 der Pr.O. bei allen Nichtigkeitsbeschwerden, welche nicht zu denjenigen gehören, für die der §. 1178 etwas Anderes bestimmt, eine Aufhebung des hofgerichtlichen Urtheils mit Rückweisung der weiteren Entscheidung an die vordere Instanz erfolgen und der Beklagte, da er bei diesem Zwischenpunkte unterliegt, in die Kosten dieser Instanz verurtheilt werden.

Dr. Ladenburg.

III.

Zur Auslegung des Jurisdiktionsvertrags mit Frankreich.

(Annalen XVIII. S. 211—214. XXI. S. 219. XXIII. No. 31.)

1) Derselbe ist nicht beschränkt auf Urtheile in Rechtsstreiten zwischen Badnern und Franzosen.

2) Das um den Urtheilsvollzug angegangene Gericht hat das Recht, die Frage, ob das urtheilende Gericht nach Maaßgabe von Art. 2 des Staatsvertrags competent war, selbstständig zu prüfen, und wenn es sich dabei von der Zuständigkeit nicht überzeugen kann, hat es die Ertheilung des Beisatzbefehls zu versagen.

3) Diese Prüfung der Competenz wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß kraft Versäumnißerkenntnisses das urtheilende Gericht einen, seine Zuständigkeit begründenden Umstand für zugestanden erklärt hat.

Die in Baiern wohnenden Kläger hatten bei dem Handelsgerichte in Straßburg gegen die Beklagten, badische Unterthanen, ein Contumazialurtheil auf eine bedeutende Summe erwirkt, und auch bei dem Heimathsgerichte der Beklagten den nach dem Staatsvertrage mit Frankreich vom 16. April 1846 nöthigen Beisatzbefehl zum Zwecke der Vollstreckung auf das hierländische Vermögen der Beklagten erlangt, wogegen diese Einsprache erhoben. Allein der Unterrichter verwarf dieselbe und verfügte die Vollstreckung, erließ auch einen unbedingten Befehl wegen der Kosten. Auf die Berufung der Beklagten wurde die Vollstreckung eingestellt, und ein die Erkenntnisse in der Hauptsache aufhebendes Urtheil erlassen.

Entscheidungsgründe zum hofgerichtlichen Urtheile vom 14. Februar 1856 No. 790.

J. S.

Gebrüder Roos in Ingenheim

gegen

Fritz und Schickhard in Gernsbach,

Forderung und Einsprache betr.

Wenn zuerst zur Begründung der Beschwerde gegen das unterrichterliche Erkenntniß behauptet wird, daß der Staatsvertrag vom 16. April 1846, Reg.-Bl. 1846 No. XXIV. in vorliegendem Falle deßhalb nicht maaßgebend sei, weil sich derselbe nur auf solche Urtheile beziehe, welche zwischen Franzosen und badischen Staatsangehörigen erlassen werden, die Kläger aber weder Franzosen noch Badenser, sondern Baiern seien, so ist diese Behauptung unrichtig, indem der §. 1 des erwähnten Staatsvertrags alle von den zuständigen Gerichten beider contrahirenden Staaten erlassene Urtheile in sich begreift, ohne einen Unterschied zwischen Staatsangehörigen und Fremden zu machen.

Dagegen ist die Beschwerde, insoweit sie auf die mangelnde Zuständigkeit des urtheilenden Gerichts gestützt wird, rechtlich begründet.

Der Art. 1 des erwähnten Vertrags verordnet, daß die Urtheile des einen Staats, vorausgesetzt, daß sie rechtskräftig sind, und die Betheiligten den im Art. 3 des Staatsvertrags enthaltenen Bestimmungen genügen im anderen Staate dann vollziehbar seien, wenn sie von den zuständigen Gerichten jenes Staates erlassen sind.

Der Art. 2 zählt 5 Fälle der Zuständigkeit auf und bestimmt namentlich in Ziff. 5, daß das urtheilende Gericht auch alsdann für zuständig anzusehen sei, wenn es als das Gericht des Orts erkannte, welchen die Partien zum Wohnsitz für den Vollzug des Vertrags erwählt haben.

Die Kläger haben nun diesen 5. Fall der Zuständigkeit behauptet, nemlich, daß die Beklagten den Ort Straßburg für den Vollzug des hier streitigen Vertrags gewählt hätten.

Die Beklagten widersprachen diese Behauptung.

Die Kläger beriefen sich zum Beweise dafür

a) auf ihre Klagschrift vom 12. Mai 1855, beziehungsweise auf die darauf ergangene Vorladung des Handelsgerichts Straßburg, worin enthalten sei, daß die Beklagten ihr Domicil in Straßburg bei Blum Auscher gewählt haben, und

b) auf die Thatsache, daß diese von ihnen aufgestellte Behauptung durch das Versäumungserkenntniß des Handelsgerichts Straßburg vom 18. Mai 1855 für zugestanden erklärt worden sei.

Allein abgesehen davon, daß aus den in der erwähnten Vorladung vom 12. Mai 1855 enthaltenen Worten über die Wahl eines Wohnsitzes nicht mit Sicherheit hervorgeht, daß die Beklagten den Ort Straßburg zum Wohnsitze behufs des Vollzugs des hier streitigen Vertrags erwählten, ist diese Behauptung vom Gegentheil widersprochen, und wenn das Handelsgericht von Straßburg die Behauptung des erwählten Wohnsitzes kraft Versäumungserkenntnisses für zugestanden angenommen hat, so kann diese Annahme für das gegenwärtige um Beisatzbefehl angegangene Gericht nicht maßgebend sein.

Dieses Gericht hat vielmehr die Erforderniſſe der Zuständigkeit nach den Bestimmungen des Art. 2 des Staatsvertrags, außerhalb des bereits erlassenen Urtheils und ohne Rücksicht auf das, was in demselben hinsichtlich der Zuständigkeit für zugestanden angenommen worden, zu prüfen und seiner Beurtheilung zu unterwerfen.

Nun haben aber die Kläger nirgends thatsächlich angeführt und bewiesen, daß, wann, und in welcher Weise die Beklagten für den Vollzug des streitigen

Vertrags ihren Wohnsitz in Straßburg erwählt haben; daher sowohl in der Hauptsache wegen des Beisatzbefehls als hinsichtlich des unbedingten Befehls wegen der Kosten, wie geschehen, abändernd erkannt und der kläger'sche Theil gemäß §. 168 der Pr.O. in die Kosten beider Instanzen verfällt worden ist. P.

IV.

Oesterreichische Unterthanen sind auf Grund der Gegenseitigkeit zum Armenrechte zuzulassen, wenn sie die erforderlichen Nachweise ihrer Vermögenslosigkeit liefern.

(Pr.O. §. 159 §. 4 der Verord. vom 5. August 1852 Reg.-Bl. No. 39.)

Da ein Staatsvertrag zwischen Baden und Oesterreich, hinsichtlich der Zulassung der beiderseitigen Unterthanen nicht besteht, so wurde in Sachen Kramer gegen Hogg von zwei Klägern auf hofgerichtliche Verfügung folgende Urkunde vorgelegt:

„In Erledigung Ihrer im Wege des k. k. m. schl. Oberlandesgerichts vorgelegten Bitte, ertheilt das k. k. Justizministerium die Bestätigung, daß nach österreichischen Gesetzen auch fremde Staatsangehörige in Rechtsstreitigkeiten, welche sie vor österreichischen Gerichten führen, auf das Armenrecht insofern Anspruch haben, als sie die zur Erlangung des Armenrechts für österreichische Unterthanen vorgeschriebenen Nachweisungen liefern und einem Staate angehören, welcher die österreichische Unterthanen in Beziehung auf die Erwirkung des Armenrechts in Rechtsstreitigkeiten vor seinen Gerichten, wie die eigenen Unterthanen behandelt. Da nach §. 159 der badischen Pr.-Ordnung Ausländer zum Armenrechte zugelassen werden, wenn der Staat, welchem sie angehören, den Angehörigen des Großherzogthums Baden die gleiche Vergünstigung zu Theil werden läßt, so nimmt das Justizministerium keinen Anstand, noch insbesondere zu bestätigen, daß Unterthanen des Großherzogthums Baden, wenn sie die im solchen Falle für österreichische Unterthanen geforderten Nachweisungen liefern, in Rechtsstreitigkeiten vor österreichischen Gerichten das Armenrecht erwirken können.

Wien, den 5. April 1856.

(gez.) Krauß."

Wie in dem bezeichneten Falle auf Grund dieser Beurkundung und der Vermögenszeugnisse Einer der Bittsteller zum Armenrechte zugelassen wurde (bei dem Andern konnte man keine Vermögensunzulänglichkeit im Sinne von §. 158 Pr.O. annehmen), so würde sie, wenn eine officielle Bekanntmachung erfolgte, wegen ihres, nicht auf einen speciellen Fall beschränkten und sehr bestimmten Inhalts genügen, um im Allgemeinen die in §. 159 Pr.O. verlangte Gegenseitigkeit darzuthun, so daß österreichischen Unterthanen auf Vorlage der im §. 158 Pr.O. vorgeschriebenen Vermögenszeugnisse zum Armenrechte zugelassen werden könnten, auch wenn sie nicht die in §. 4 der Verordnung vom 5. Aug. 1852 (Reg.-Bl. No. 39) geforderte spezielle Beurkundung über die Gegenseitigkeit beibringen.

Stehen einer solchen offiziellen Bekanntmachung vielleicht Hindernisse im Wege, so erscheinen doch bezüglich dieses Gegenstandes die Verhältnisse einer Uebereinkunft mit dem Kaiserstaate so günstig, daß dieselbe wohl bald erfolgen wird, zumal die Vollstreckbarkeit von Civilurtheilen der Gerichte beider Staaten neuerlich wieder weiter ausgedehnt worden ist.

P.

V.

Alimentation.

1) **Der Vater eines natürlichen Kindes kann blos aus dem Grunde, weil er für die Zukunft ernährungspflichtig ist, noch nicht zum Ersatze des von der Mutter bereits gemachten Ernährungsaufwandes angehalten werden.**

2) **Jedoch wäre die Mutter berechtigt, den Ersatz aus dem Titel der Geschäftsführung zu begehren.**

Kerbel gegen Grün.

Der Vater eines unehelichen Kindes war von der Mutter des letzteren für die Zukunft und Vergangenheit auf Ernährung belangt und in erster Instanz auch verurtheilt worden.

Auf Appellation des Beklagten erkannte aber das unterrheinische Hofgericht nur die Klage auf künftige Ernährung für begründet, und wies den für die Vergangenheit erhobenen Ersatzanspruch zurück. Die Entscheidungsgründe für die Abänderung besagen:

„Was dagegen den geforderten Beitrag für die Zeit von der Geburt des Kindes bis zur Klagerhebung betrifft, so erscheint hier die Klägerin nicht wie bei dem Begehren auf künftige Alimentation als gesetzliche Vormünderin des Kindes, namens und für dieses klagend, sondern es stellt sich hier dieselbe als Klägerin in eigenem Namen dar, indem sie für den, zur Ernährung des Kindes gemachten Aufwand, vom Beklagten Ersatz in der Form eines Ernährungsbeitrags für sich begehrt.

Diesem Begehren fehlt es aber, insofern es auf Geschäftsführung gestützt werden wollte, an aller erforderlichen thatsächlichen Begründung, da Klägerin weder behauptet, die Kosten der Ernährung des Kindes bisher ganz oder theilweise aus eigenen Mitteln bestritten zu haben, noch anführt, daß sie, indem sie den Ernährungsaufwand ganz oder theilweise aus eigenen Mitteln bestritt, damit nicht blos ihr eigenes Geschäft, sondern auch das des Beklagten führen wollte, und daß und in wie fern der geforderte Beitrag dem für den Beklagten gemachten Aufwand gleichkomme 2c 2c.

Kah.

VI.

Die Einklagung eines verzinslichen Kapitals ohne die verfallenen Zinsen gilt unter Umständen als stillschweigender Verzicht auf letztere. L.R.S. 1908.

Annalen XXII. S. 336 Ziff. 7.

Erheblich ist die Schutzrede des Beklagten, daß Kläger auf die Zinsen aus dem an Martini 1853 fällig gewesenen Ziele stillschweigend verzichtet habe. Wie nemlich das gemeine Recht aus l. 13 pr. d. de usur (22. 1) eine Erlöschung der Zinspflicht durch stillschweigenden Erlaß ableitete (Thibaut, Pand., VIII. Ausg. §. 201 Z. 4, vrgl. dessen Collegienheft zu §. 201), so enthält das Landrecht in Satz 1908 die gleiche Bestimmuug, und es muß dieselbe ihrem Geiste nach auf ähnliche Fälle angewendet werden. (Zachariä fr. C.R. II. B. §. 396 vor und in Note 2.)

Nun hat Kläger unbestrittenermaßen in dem früheren Rechtsstreite das an Martini 1853 verfallenen Zieler ohne Zinsen gefordert, zuerkannt und bezahlt erhalten, und behauptet nicht, sich irgend wo den Zinsanspruch vorbehalten zu haben, dieß steht aber dem Falle des L.R.S. 1908 ganz gleich, weßhalb ein stillschweigender Verzicht auf diese Zinsen angenommen werden muß. — Vrgl. auch L.R.S. 1350 Z. 3 und L.R.S. 1351. (Zink gegen Winter 2. Mai 1856.)

Die Frage, ob gegen die gesetzliche Vermuthung, welche in L.RS. 1908 aufgestellt ist, ein Gegenbeweis zulässig ist, kam in obigem Falle nicht zur Sprache, indessen dürfte sie mit Ottendorff Annalen XXII. S. 336 nach dem Schlußworten des L.R.S. 1908 in Vergleich mit L.R.S. 1352 a und Pr.O. §. 529 unbedenklich zu verneinen sein, und der von Ottendorff hervorgehobene Widerspruch zwischen Zachariä Bd. II S. 479 Note 2 und Bd. IV. S. 470 scheint mir lediglich auf einem Versehen (des Verfassers oder Druckers?) zu beruhen, da in der ersten Stelle der Gegenbeweis zu bestimmt ausgeschlossen ist, als daß an ein Schwanken der Meinung des durch seine strenge Consequenz ausgezeichneten Verfassers gedacht werden könnte. Ueberdieß sind in der letzteren Stelle nur Beispiele angeführt, wobei leicht ein Artikel falsch gesetzt sein kann, wie sich daraus ganz deutlich ergibt, daß als Beispiele von gesetzlichen Vermuthungen, gegen welche der Gegenbeweis zulässig ist, auch die Art. 472. 502. 1597 genannt werden, welche sämmtlich Richtigkeitsandrohungen enthalten, also sicherlich praesumtiones juris et de jure sind, und als solche werden auch Art. 472. 1597 in dem nämlichen Satze von Zachariä bezeichnet. (Vrgl. auch §. 766 Not. 1.)

P.

VII.

Die Annahme der Faktura bildet nur eine gesetzliche Vermuthung für den Verkaufsabschluß, wogegen der Gegenbeweis zuläßig ist.

Uebereinstimmend mit den Behauptungen des Klägers hat der Beklagte in seiner ersten Vernehmlassung den Empfang der Waaren und der Factura zugegeben, womit, da die Factura an und für sich unzweifelhaft auf Verkauf lautet, gemäß H.R.S. 109 Abs. 4 der Klaggrund erwiesen ist. Die Einwendung des Beklagten, daß er die Waaren kraft Uebereinkunft tauschweise erhalten habe, ist daher Sache des Gegenbeweises gegen die aus der Annahme der Factura fließende Vermuthung, und es ist ein solcher Gegenbeweis nach L.R.S. 1352. 1352 a zuläßig. (Opfergelt gegen Glückherr, 19. Januar 1856.)

P.

VIII.

Anzeige.

Schon wieder sind wir in der Lage, mit Anerkennung eines Buches zu gedenken, welches dieser Tage durch die akademische Buchhandlung von Ernst Mohr in Heidelberg ausgegeben worden ist, unter dem Titel:

Die neue

Strafprozeß-Ordnung

für das

Großherzogthum Baden

in ihrer gegenwärtigen Gültigkeit

mit dem

Einführungsedict

und

den auf das Strafverfahren Bezug habenden Gesetzen, Verordnungen und Belehrungen.

Unter kurzer Hinweisung auf den französischen Strafprozeß und die badische Literatur zusammengestellt

von

H. Ruth,

Hofgerichtsrath zu Mannheim.

Dieses mit Inhaltsanzeige und Register versehene Buch zerfällt in drei Abtheilungen, welchen ein kurzer Nachtrag über das Neueste aus dem Gebiete der Gesetzgebung und Literatur beigefügt ist.

Die Abtheilung I. enthält das sog. Einführungsgesetz vom 5. Februar 1851 von §. 12 bis zum Schlusse, und die Abtheilung II. die Strafprozeßordnung vom 6. März 1845 mit ihren 24 Titeln, wovon jedoch bald nur die Ueberschrift, bald der ganze Text, bald nur derjenige Theil eines Titels abgedruckt wurde, welcher durch das Einführungsgesetz ausdrücklich recipirt oder nach der jeweils motivirten Ansicht des Verfassers, des Zusammenhangs wegen, als geltend anzusehen ist.

Beiden Abtheilungen sind dahin bezügliche Gesetze, Verordnungen, Reglements, Dienstweisungen, Belehrungen, Citate aus der badischen Literatur u. s. w. am geeigneten Orte einverleibt und bei einzelnen Paragraphen der St.P.O. die entsprechenden Artikel des Code d'instruction criminelle auf dem Rande angemerkt.

Die Abtheilung III. umfaßt das Gesetz über die Militärgerichtsbarkeit vom 6. April 1854 (Reg.-Bl. No. 18 S. 175) nebst der Vollzugsverordnung vom 25. August 1854 (Reg.-Bl. No. 28 S. 329), sodann eine neuere Anordnung des großh. Justizministeriums vom 29. Aug. 1856 über die Führung der Criminaltabellen, die Instructivverordnung über die Geschäftsform bei den Aemtern vom 20. Februar 1819 (Reg.-Bl. No. 5 S. 45); die Verordnung über die Bildung der Geschworenenliste vom 7. März 1851 (Reg.-Bl. No. 19 S. 205); das Gesetz über die gerichtlichen Straferkenntnisse und über die Recurse gegen dieselben vom 3. August 1837 (Reg.-Bl. No. 25 S. 171); die Verordnung über den Vollzug der Fahndungen vom 5. Dez. 1836, zwei Bundesbeschlüsse über die Bestrafung von Verbrechern gegen den deutschen Bund und über die Auslieferung von Verbrechern (Reg.-Bl. von 1836 No. 46 S. 323 und von 1854 No. 9 S. 58, eine Reihe von Conventionen und Staatsverträgen, zum Theil mit Vollzugsverordnungen über die gegenseitige Verfolgung und Auslieferung von Verbrechern, sowie über gerichtliche Requisitionen, Ladungen und Insinuationen; ferner das Gesetz über das Verfahren bei Eideserhebungen vom 20. Dezbr. 1848 (Reg.-Bl. No. 81 S. 464) mit Vollzugsverordnungen, die gerichtliche Wund- und Leichenschau-Ordnung vom 5. Juli 1851 (Reg.-Bl. No. 49 S. 551), die Gebührenordnung für Zeugen, Parteien und Sachverständige und Geschworene vom 26. Febr. 1849 (Reg.-Bl. No. 10 S. 119, eigentlich 121) mit Vollzugsvorschriften; das Gesetz über das Verfahren in Steuerstrafsachen vom 22. Juni 1837 (Reg.-Bl. No. 20 S. 131) mit Vollzugsverordnungen, endlich das Gesetz über den Strafvollzug im neuen Männerzuchthaus zu Bruchsal vom 6. März 1845. —

Man ersieht hieraus, daß die vorliegende Sammlung, welche nach dem Vorwort zunächst für die Untersuchungsrichter bestimmt ist, eine compendiöse Handbibliothek bildet, deren Brauchbarkeit ohne weitere Anpreisung schon ganz von selbst in die Augen springt.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. **No. 47.**

I.

Die Börsengeschäfte.

(Annalen No. 43 S. 337.)

2. Das Prämiengeschäft.

Unter allen Börsengeschäften steht das Prämiengeschäft im schlechtesten Ruf, jedoch wie mir scheint, ohne hinlänglichen Grund. Mittels dieses Geschäfts kann nemlich der Spekulant den möglichen Verlust aus einer Spekulation auf eine im Voraus bestimmte Summe beschränken, mit andern Worten, er kann, wie bei den Versicherungen gegen Wasser- und Feuergefahr, mittels Zahlung einer bestimmten Prämie sich gegen die Möglichkeit des Verlustes aus seiner Spekulation versichern lassen, z. B. ich wollte auf das Steigen gewisser Staatspapiere oder Aktien spekuliren, dabei aber höchstens die Summe von fl. 1000 riskiren, so kaufe ich eine gewisse Anzahl von Staaatspapieren oder Aktien, bedinge aber dabei, daß ich gegen Zahlung von fl. 1000 von dem geschlossenen Kauf abstehen darf. Steigen die Papiere, so vollziehe ich den Kauf; fallen sie aber, so zahle ich fl. 1000 und bin mittels dieser Zahlung von dem Vertrag entbunden.

Wenn ich umgekehrt auf das Fallen der Course spekuliren will, so verkaufe ich eine gewisse Anzahl Staatspapiere oder Aktien, und bedinge dabei, daß ich gegen Zahlung einer bestimmten Summe von dem Vertrag entbunden werde. In diesem Vertrag liegt wie in dem Assekuranz-Vertrag eine Versicherung gegen einen möglichen Verlust: der eine Contrahent ist der Versicherer, der andere der Versicherte und die für den Fall des Rücktritts versprochene Summe ist die Prämie. Wenn nun nach Art. 1964 unseres Gesetzbuchs die Assekuranzen im Allgemeinen als erlaubte Geschäfte angesehen werden, so ist nicht abzusehen, warum das Prämiengeschäft nicht klagbar sein soll. Man kann vielleicht sagen, es liege in diesem Geschäft eine Wette, indem eine gewisse Summe eingesetzt wird, welche gewonnen oder verloren wird, je nachdem die Papiere steigen oder fallen. Das ist aber nicht richtig: denn bei der Wette setzen beide Contrahenten eine bestimmte Summe ein, welche je nach dem Eintreten eines ungewissen Ereignisses gewinnen oder verlieren wird; bei dem Prämiengeschäft setzt nur der eine Contrahent eine bestimmte Summe ein, welche dem andern unter allen Umständen verbleibt; dieser macht sich dagegen verbindlich, gewisse Papiere zu einem bestimmten Preis zu liefern, beziehungsweise in Empfang zu nehmen, wenn der andere Contrahent, der Prämiengeber, das abgeschlossene Geschäft vollzogen wissen will. Es sind daher mehrere Unterschiede zwischen beiden Rechtsgeschäften vorhanden:

1) Bei dem Prämiengeschäft setzt nur Ein Contrahent eine bestimmte Summe ein, während bei der Wette beide Contrahenten.

2) Bei der Wette erhält der Gewinnende seinen Einsatz zurück und dazu den Einsatz des andern, bei dem Prämiengeschäft wird der gegebene Einsatz nicht zurückgegeben; auch kann nicht der Gegeneinsatz gewonnen werden, weil keiner vorhanden ist.

3) Bei der Wette gewinnt immer Einer eine bestimmte Summe, welche der Andere verliert; bei dem Prämiengeschäft kann dieser Fall auch vorkommen, es können aber auch Beide gewinnen oder Beide verlieren, und zwar gleiche oder ungleiche Summen.

Die letztere Behauptung bedarf einer Erläuterung, während die übrigen schon nach dem Vorausgegangenen verstanden werden: Der Prämiengeber opfert unter allen Umständen eine gewisse Summe, die Prämie, weil er

dadurch gegen einen größern Verlust gesichert wird, er hat also einen sichern Verlust, wogegen er im übrigen nur gewinnen kann. Der andere Contrahent behält unter allen Umständen die Prämie, hat also einen sichern Gewinn kann aber nicht eine größere Summe gewinnen, sondern je nach Umständen nur noch verlieren; geradeso wie die Versicherungsgesellschaften in den bezogenen Prämien ihren sichern Gewinn ziehen, aber bei möglichen Ereignissen, gegen welche sie versichert haben, große Verluste erleiden können, wogegen der Versicherte die bezahlte Prämie unter allen Umständen verliert, aber vor jedem weitern Verlust durch die Versicherung gedeckt ist. Bei dem Prämiengeschäft kann es vorkommen, daß der Eine gewinnt, was der Andere verliert, wenn nemlich der Cours am Ablieferungstag geradeso steht, wie der Preis, für welchen die Parthieen abgeschlossen haben. Bezieht der Prämiengeber die gekauften Papiere, so kann er sie sofort zu demselben Cours weiter verkaufen, er hat nur die Prämie verloren; der andere, der ihm die Papiere liefert, kann sie zu dem nemlichen Cours wieder ankaufen, hat mithin nur die Prämie gewonnen. Da übrigens die Käufe und Verkäufe an der Börse gewöhnlich durch Makler geschlossen werden, welche für ihre Mühewaltung bezahlt werden müssen, so würden beide Theile, wenn sie in der angegebenen Art verfahren, keinen Vortheil, sondern nur Nachtheil haben; deßwegen wird gewöhnlich bei einem solchen Stand des Courses der Prämiengeber vorziehen, auf das Geschäft zu verzichten und die Prämie zu verlieren, die der Andere gewinnt. Dieser Fall, da der Cours genau so wie der Kaufpreis steht, gehört natürlich zu den Seltenheiten. Der gewöhnlichere Fall ist der, daß der Cours höher oder niederer steht. In diesem Fall können beide Theile gewinnen oder beide verlieren, und zwar gleiche oder ungleiche Summen. Wenn ich z. B. österreichische National zu 77 verkaufe und dafür eine Prämie beziehe, so gewinne ich in jedem Fall die Prämie; steigen diese Papiere, so gewinnt der Prämiengeber ebenfalls und zwar um so viel mehr, je höher der Cours gestiegen ist. Wir gewinnen demnach beide, mein Gewinn besteht in der Prämie, mithin in einer bestimmten Summe, der Gewinn des Andern hängt von der Höhe des Courses ab; wir gewinnen beide, aber ungleiche Summen. Hierbei kann aber auch vorkommen, daß der Gewinn meines Contrahenten kleiner ist, als die Prämie, die er ausgegeben hat; dann ist sein Gewinn nur ein scheinbarer; unter Berücksichtigung der Prämie verliert er, nur nicht die ganze Prämie, sondern soviel, als nicht durch den nachfolgenden Gewinn gedeckt wurde. Es kann aber der umgekehrte Fall eintreten, beide Theile können verlieren: Wenn nämlich in dem eben angenommenen Beispiel die verkauften National fallen, so wird der Prämiengeber von dem Geschäft abstehen, er verliert dann nur die Prämie, mithin eine bestimmte Summe; der Verkäufer dagegen verliert soviel, als der Cours unter dem Verkaufpreis steht, dagegen hat er die Prämie, welche entweder seinen Verlust ganz oder zum Theil deckt, oder diesen sogar übersteigen kann, wobei ihm also noch ein Gewinn bliebe. Man ersieht hieraus, daß die Aehnlichkeit mit der Wette, welche bei der oberflächlichen Beurtheilung ganz schlagend erscheint, bei sorgfältiger Vergleichung mehr und mehr schwindet, wie uns oft im Leben zwei Personen auf den ersten Anblick zum Verwechseln ähnlich erscheinen, während wir später bei näherer Bekanntschaft kaum begreifen können, daß wir sie je ähnlich gefunden haben.

Wenn nun schon aus der bisherigen Ausführung hervorgeht, daß das Prämiengeschäft keineswegs als Wette betrachtet, mithin nicht unter dem Verbot des Art. 1965 begriffen werden kann, so wird dies noch um so viel einleuchtender, wenn man weiß, daß jenes Geschäft nicht gerade immer zwischen zwei Spekulanten, sondern wie das Prolongationsgeschäft gewöhnlich zwischen einem Spekulanten und einem Kapitalisten abgeschlossen wird. Der letztere, welcher sein Vermögen in Staatspapieren oder Aktien angelegt hat, kann außer den Zinsen oder Dividenden, welche jene Papiere abwerfen, mittels des Prämiengeschäfts ohne irgend ein Risiko einen kleinen aber sichern Gewinn ziehen. Herrscht nemlich an der Börse die steigende Tendenz, d. h. glauben die Spekulanten an ein Steigen der Course, so geben sie gern Prämien, um innerhalb gewisser Zeit dieses oder jenes Staatspapier, diese oder jene Aktien erhalten zu können, ohne aber, wenn das erwartete Steigen nicht eintritt, beziehen zu müssen. Der Kapitalist, welcher die gesuchten Papiere als Kapital-Anlage besitzt, nimmt die Prämie und macht sich verbindlich, zu liefern, wenn der Andere es verlangt. Er gewinnt demnach die Prämie, riskirt aber nichts.

Denn wenn der Andere die Lieferung verlangt, so kann er sie aus seinem Vorrath bewerkstelligen und erhält dafür den bedungenen Kaufpreis; verzichtet der Andere auf die Lieferung, so behält er seine Papiere nach wie

vor, und hat die Prämie neben den Zinsen oder Dividenden.

In ähnlicher Weise verfährt der Kapitalist, wenn die Tendenz an der Börse à la baisse, d. h. aufs Fallen der Course gerichtet ist. Er nimmt Prämie dafür, daß er sich einem Spekulanten gegenüber verbindlich macht, gewisse Papiere innerhalb gewisser Zeit zu beziehen, wenn Jener sie liefern will. Fallen die Course, so wird der Andere liefern, der Kapitalist bezieht die Papiere, bezahlt sie und hat, weil er die Prämie bezogen hat, die gekauften Papiere zu einem niedrigern Preis, als wenn er zu dem damaligen Cours sein Kapital angelegt hätte; steigen die Course, so liefert der Spekulant nicht, der Kapitalist hat die Prämie gewonnen, und wartet eine neue Gelegenheit zur Geldanlage ab. Demnach dient das Prämiengeschäft dem Spekulanten, den möglichen Verlust aus einer Spekulation auf eine bestimmte Summe zu beschränken, dem Kapitalisten, neben den Zinsen aus seinen Kapitalien einen kleinen aber sichern Gewinn zu ziehen, wobei freilich nicht verkannt werden kann, daß dasselbe Geschäft auch zu gewagten und dem Unternehmer verderblichen Spekulationen benutzt werden kann. Wird man aber vom juristischen Standpunkt einen Werth darauf legen, wenn die letztere Erscheinung mehr oder minder häufig an diesem oder jenem Ort, zu dieser oder jener Zeit zu Tage tritt? Liegen darin nicht vielmehr politische Motive, welche vielleicht den Gesetzgeber zu geeigneten Gegenmaßregeln veranlassen, nie aber den Richter bestimmen dürfen, in Treu und Glauben eingegangene Verträge für nichtig zu erklären?

In Frankreich sind im vorigen Jahrhundert dergleichen beschränkende Gesetze (Ordonnanzen) erlassen worden, weßhalb auch Pardessus No. 315 das Prämiengeschäft nur dann für giltig hält, wenn die betr. Papiere deponirt worden sind. Troplong dagegen ist der Meinung, daß die Deponirung nicht nothwendig sei, indem jene Ordonnanzen des vorigen Jahrhunderts durch den code pénal abgeschafft seien; es genüge jetzt, daß der Vertrag in gutem Glauben abgeschlossen worden sei, vrgl. dessen Werk: Du prêt et des contrats aléatoires No. 141. Mollot kömmt in seinem Werke des bourses de commerce No. 323 zu demselben Resultat, wiewohl er die alten Ordonnanzen noch für gültig und anwendbar hält; gleichwohl zählt er in No. 311 das Prämiengeschäft (marché à prime) zu den verbotenen Börsengeschäften. Es ist aber bekannt, daß es an der Pariser Börse nicht allein täglich geschlossen, sondern daß auch in den öffentlichen Coursblättern der Preis der Prämien ebenso wie der Preis der Papiere täglich notirt wird.

Der Preis der Prämien hängt wie bei Versicherungen überhaupt von der Größe der Gefahr ab, gegen welche man sich versichern läßt: Ist z. B. Aussicht vorhanden, daß ein bestimmtes Papier stark steigen wird, so ist die Prämie sehr hoch; in Zeiten, in welchen die Course geringen Veränderungen unterliegen, ist die Prämie dagegen sehr nieder. In den deutschen Courszetteln werden die Prämien seltener notirt, nichts destoweniger kömmt dieses Geschäft auch an deutschen Börsen sehr viel vor. Deutsche Rechtslehrer, wie z. B. Thöl, Handelsrecht §. 93, sehen es als einen Kauf an, dem das pactum displicentiae beigefügt ist: ut, si displicuerit, res inempta sit. Die Prämie sei mithin nichts Anderes als eine arrha poenitentialis.

Derselben Ansicht ist Bender, der Verkehr mit Saatspapieren §. 93, und setzt unter Berufung auf l. 3 D. de contrahenda emtione hinzu, der Kauf sei in diesem Fall nicht unter einer aufschiebenden, sondern unter einer auflösenden Bedingung geschlossen. Nach dieser Ansicht haben wir das Prämiengeschäft als einen festen Kauf zu betrachten, dem aber eine auflösende Bedingung beigefügt ist: der Prämiengeber kann, wenn er will, mittels einfacher Erklärung an den andern Contrahenten den fest abgeschlossenen Kauf wieder auflösen. Von diesem Standpunkte läßt sich gegen die Gültigkeit und Klagbarkeit dieses Geschäfts nichts einwenden.

vrgl. Mittermaier, deutsches Privatrecht 4. Ausgabe §. 189 und 189 a.

vrgl. Eichhorn, deutsches Privatrecht 3. Ausgabe S. 516 nota i.

Dieses Geschäft wird in Frankfurt und an andern deutschen Börsen gewöhnlich mittels Vorauszahlung der Prämie geschlossen, in Frankreich wird ein höherer Kaufpreis bedungen, und dabei ausgemacht, welcher Betrag desselben für den Fall des Rücktritts gezahlt werden muß, daher man in den französischen Coursblättern die Prämien in der Weise notirt, daß man den Cours eines Papiers angibt mit dem Beisatz, wovon (dont) so viel als Prämie zu zahlen ist, z. B. die 3 pCt. Rente wird per Ende dieses notirt: 66. 90 d. 50 c, so heißt dies, man kann 3 pCt. Rente zu 66. 90 auf Ende des Monats kaufen und mittels Zahlung von 50 centimes i. e.

½ pCt. von der Vollziehung des geschlossenen Kaufs entbunden werden.

vrgl. Dictionnaire du droit commercial. sub voce: Marché à terme No. 9.

Man kann übrigens die Prämie nicht als Haftgeld im Sinn des Art. 1590 unseres Gesetzbuchs behandeln, weil nicht beide Theile von dem Vertrag abgehen können auch nicht als Conventionalstrafe nach Art. 1226, weil die Prämie nicht für den Verzug der Vertragserfüllung, sondern für das Wahlrecht bezahlt wird. Am besten paßt die Analogie der Versicherungsprämien, welche für Uebernahme einer Gefahr bezahlt werden, oder des Reugelds, welches dafür, daß Jemand von einem eingegangenen Vertrag wieder abstehen darf, gegeben wird.

Dr. Ladenburg.

II.

Oberhofgericht.

Was ist unter Gerichtsstand des erwählten Wohnsitzes, nach Art. 2 Abs. 5 des im Jahre 1846 mit Frankreich abgeschlossenen Staatsvertrags, zu verstehen?

(Annalen XXIII. 364.)

Grün gegen Iselin.

Auf Klage des Maschinenfabrikanten Grün zu Gebwiller im Elsaß verurtheilte das Handelsgericht zu Colmar den Dr. Iselin und Comp. zu Schönau im badischen Schwarzwalde zur Zahlung bedeutender Summen, die aber in Frankreich nicht flüssig gemacht werden konnten, weil der beklagte Theil dort kein greifbares Vermögen besitzt.

Der Kläger begehrte daher, unter Bezug auf Art. 3 des zwischen Frankreich und Baden bestehenden Staatsvertrags von 1846 bei dem großh. Bezirksamte Schönau einen Beisatz- und Vollstreckungsbefehl, womit er jedoch in erster und zweiter Instanz abgewiesen wurde.

Zur Rechtfertigung der hiergegen eingewandten Oberberufung trug der klägerische Anwalt im Wesentlichen vor:

„Es sei hier zwischen einem badischen und einem fremden Staatsbürger ein Vertrag zu Stande gekommen, auf welchen gemäß §. 13 des VI. Const.-Ed. vom 4. Juni 1808 die Gesetze des Orts, wo der Vertrag zum Abschluß gediehen, Anwendung finden. Stabel, Vorträge §. 22 S. 77.

„Da der Vertrag durch Briefwechsel zu Stande gekommen, so werde er da für geschlossen anzunehmen sein,

wo der erste Brief empfangen und von dem Empfänger die zustimmende Antwort abgesendet worden.

v. Savigny, System Bd. VIII. §. 371 S. 235.

Mit Schreiben vom 9. Febr. 1852 habe das beklagte Handlungshaus die Bestellung bei dem Kläger gemacht, welcher dieselbe mit Schreiben vom 12. desselben Monats angenommen habe. Es sei demnach Gebwiller der Ort des Vertragsabschlusses und das beklagte Handlungshaus schon nach der Bestimmung des VI. Const.-Ed. schuldig gewesen, auch dort und alsdann nach den dortigen Gesetzen Recht zu geben und zu nehmen.

Das Urtheil des Colmarer Handelsgerichts sei daher von einem nach badischen Gesetzen zuständigen Gerichte gegeben und eben deßhalb schon an sich (da die Zuweisung der Competenz an das französische Gericht nothwendig auch die Vollziehbarkeit des Urtheils in Baden zur Folge haben müßte) und ferner nach Art. 1 des zwischen Frankreich und Baden bestehenden Staatsvertrags vom 16. April 1846 (Reg.-Bl. No. XXIV. S. 133) in Baden selbst dann vollziehbar, wenn es auch nicht unter Art. 2 desselben Staatsvertrags zu subsumiren sein sollte, wonach diese Vollziehbarkeit angenommen werden müsse.

Das ältere franz. Recht, welchem das gemeinrechtliche forum contractus fremd gewesen, habe zur Realisirung der durch den Contract begründeten Rechte die Institution des sog. domicile élu eingeführt, welches auf der Absicht der Contrahenten beruht.

Grolman, Handbuch Bd. I. S. 361 ff.

Procès verbaux du domicile d'état, Tom. III. p. 468.

Wie überhaupt die Absicht der Contrahenten ebensowohl aus den Umständen (implicite) als aus den Worten des Vertrags (explicite) sich ergeben könne, so gelte dieß auch von der Wahl eines Domicils.

Pardessus, droit commercial Tom. III. No. 1354.

Duranton, cours de droit Tom. XII. No. 100 Note 1.

Marcadé, cours élementaire ad Art. 111 No. V. Tom. I. p. 249.

Demolocombe, cours de code civil Tom. I. No. 374.

Laudhard, Rechtsfälle Bd. VII. S. 338.

„Eine solche aus den Umständen (implicite) abzuleitende, eine sog. stillschweigende Wahl des Domicils fänden nun, auf den Grund der Vorschriften des Code de proc. Art. 420 die vorerwähnten Schriftsteller Pardessus, Demolocombe, Lauckhard a. a. O., Duranton (Tom. I. No. 378 Note 1) und Zachariä, Handbuch (5. Ausgabe) §. 146 No. 3 in Handelssachen dann begründet, wenn die Waare in dem Bezirke desselben Gerichts, wo das Versprechen geschehen, zu überliefern gewesen, und dann, wenn im Vertrage ein Zahlungsort festgesetzt worden sei. In beiden Fällen werde der Gerichtsstand des erwählten Wohnsitzes (domicile élu) für begründet angesehen. Das Colmarer Handelsgericht habe sich nach Art. 2 No. 5 des Staatsvertrags

> als das Gericht des Orts, welchen die Partien zum Wohnsitze für den Vollzug eines Vertrags erwählt haben

für zuständig erachtet und in der Sache selbst erkannt.

Zwar könne in Folge des Umstandes, daß das bad. Recht die Vorschrift des Art. 420 des Code de proc. nicht kenne, der Fall eintreten, daß da wo französische Gerichte den Gerichtsstand des erwählten Wohnsitzes für begründet erachten müssen, die bad. Gerichte diesen Gerichtsstand nicht annehmen; allein dieser Umstand hindere nicht, anzuerkennen, daß in solchen Fällen das franz. Gericht als Gericht des gewählten Wohnsitzes erkannt habe, woraus dann folge, daß dessen Urtheil nach Art. 2 No. 5 des Staatsvertrags vollziehbar sei. Ueberhaupt müßten Staatsverträge im Sinne loyaler Contrahenten erfüllt werden rc. rc.

Am 4. Oktober l. J. erfolgte jedoch im 3. Rechtszuge ein die Erkenntnisse der vordern Instanzen bestätigendes Urtheil.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Der Kläger hat den im diesseitigen Amte Schönau ansässigen Beklagten bei dem kaiserlich franz. Handelsgerichte zu Colmar auf Erfüllung eines Vertrags belangt, der in Gebwiller abgeschlossen, so wie auch dort zu erfüllen war, und das den Beklagten verurtheilende Erkenntniß jenes Gerichts soll nun nach dem Begehren des Klägers von dem diesseitigen Untergerichte Schönau vollzogen werden.

Die beiden vordern Instanzen haben jedoch dieses Begehren mit Recht als unstatthaft verworfen.

Mag auch das Handelsgericht in Colmar, hingesehen auf die französischen Prozeßbestimmungen über die Zuständigkeit der dortigen Gerichte unstreitig competent gewesen sein, das fragliche Urtheil zu erlassen und somit auch zuständig, dasselbe im kaiserlich franz. Gebiete und durch die kaiserlich franz. Behörden, so weit möglich, vollziehen zu lassen, so folgt daraus noch keineswegs, daß auch die großh. bad. Gerichte verbunden sind, jenes Urtheil auf Begehren des Klägers in Vollzug zu setzen; vielmehr findet dieses Begehren nur dann statt, wenn der Grund der Zuständigkeit des kaiserlich franz. Gerichts nicht blos auf den dortigen Prozeßgesetzen beruht, sondern nach dem zwischen beiden Staaten bestehenden Vertrage über die Vollziehbarkeit der richterlichen Urtheile zugleich ein solcher ist, der in diesem Vertrage als Grund zur Verpflichtung der beiderseitigen Gerichte, die in dem andern Staate erlassenen Urtheile zu vollziehen — wechselseitig anerkannt wurde.

Und die Frage, ob ein derartiger Grund der Zuständigkeit vorhanden war, hat dasjenige Gericht zu beurtheilen, bei welchem der Vollzug begehrt wird, während die mit der Klage angerufenen Gerichte nur darauf zu sehen haben, ob sie nach den inländischen Gesetzen zur Erlassung des Urtheils competent seien, und bejahenden Falls nicht zu der weitern Prüfung berufen sind, ob der Kläger das seiner Zeit gegen den Ausländer ergehende Urtheil auch bei dem Gerichte der Heimath des Letzteren vollziehen zu lassen, berechtigt sei.

Der Kläger hat nun zwar behauptet, daß ein im Staatsvertrag anerkannter Grund der Zuständigkeit des Handelsgerichts zu Colmar vorhanden sei, nemlich der Gerichtsstand des gewählten Wohnsitzes; auch hat dieses Handelsgericht in den Entscheidungsgründen zu seinem Erkenntnisse über die Einrede der Incompetenz unter andern Gründen seiner Zuständigkeit auch den angeführt, daß die Stipulation, wornach der Vertrag beiderseits in Gebwiller erfüllt werden soll, eine stillschweigende Erwählung eines Wohnsitzes zum Vollzug des Vertrags in sich schließe; allein diese Anführung für sich allein kann nicht über die aus dem Staatsvertrag fließende diesseitige Verbindlichkeit zum Urtheilsvollzug maasgebend sein, sondern es muß diese Behauptung nach der richtigen Auslegung des Staatsvertrags auch als begründet diesseits erkannt werden.

Den Begriff des Gerichtsstandes des gewählten Wohnsitzes bestimmt der Art. 111 des Code Napoléon und der damit gleichlautende Satz 111 des bad. Landrechts.

Aus diesem Artikel kann nun obige Behauptung eines stillschweigend gewählten Wohnsitzes nicht gerechtfertigt werden, indem das Wesen des in demselben eingeführten gewählten Gerichtsstandes nach der unbestrittenen Ansicht der Jurisprudenz darin besteht, daß die Parteien ausdrücklich oder doch mittelst solcher Stipulationen, die über ihre Absicht keinen Zweifel lassen, verabredet haben, sich wegen der aus einem Rechtsgeschäft entspringenden Klagen vor dem Gerichte eines bestimmten Ortes belangen zu lassen, daß somit die Thatsache der Eingehung des Vertrags an einem bestimmten Orte oder der Bezeichnung eines Ortes zur Erfüllung des Vertrags für sich allein die Zuständigkeit der Gerichte dieser Orte nicht begründen kann, worin gerade der Unterschied zwischen dem Gerichtsstand des gewählten Wohnsitzes nach franz. Rechte und dem forum contractus des auf das römische Recht sich stützenden gemeinen Prozesses liegt.

Wenn ferner in dem vorliegenden Falle deßhalb, weil eine Handelssache in Frage ist, der Art. 420 des Code de proc. angerufen und behauptet wird, daß durch diesen Artikel für Handelssachen ein stillschweigend gewählter Wohnsitz eingeführt sei, weil er einem Handelsgeschäfte kraft Gesetzes die Wirkung beilege, daß die Klage auf Erfüllung bei dem Gerichte, in welchem das Geschäft geschlossen, oder in welchem es zu erfüllen sei, erhoben werden könne, so enthält dieser Artikel augenscheinlich eine Ausnahme von der im Art. 111 aufgestellten Regel, daß der Gerichtsstand nur durch eine ausdrückliche Verabredung, nicht aber durch eine unterstellte stillschweigende Absicht der Vertragspersonen begründet werden könne, und es ist nicht anzunehmen, daß die contrahirenden Staaten, indem sie von dem Gerichtsstande des gewählten Wohnsitzes sprechen, auf diese besondere Bestimmung des Code de proc., welche eine Ausnahme von der Regel und dem allgemeinen Begriffe des gewählten Wohnsitzes enthält, vor Augen gehabt haben, und zwar um so weniger, als man bei der Auslegung des Staatsvertrags davon ausgehen muß, daß der Begriff des gewählten Wohnsitzes für beide Staaten der gleiche sei, d. h. daß dieser Begriff für den einen Staat nicht einen weiteren Umfang haben sollte, als für den anderen, so daß in einzelnen Fällen zwar der eine Staat verpflichtet wäre, die Urtheile des andern zu vollziehen, diese Fälle aber, und somit eine gleiche Berechtigung bei dem andern Staate gar nicht vorkommen könnte.

Zu diesem Resultate würde es jedoch führen, wenn man den Art. 420 des Code de proc. als unter dem Art. 2, Abs. 5 des Staatsvertrags enthalten ansehen wollte; denn in Baden besteht dieser Artikel nicht und es kann daher auf den Grund jenes Artikels niemals eine Zuständigkeit der diesseitigen Gerichte gegen einen Franzosen begründet und der Vollzug des erlassenen Urtheils von den franz. Gerichten verlangt werden.

Der Umfang der Rechte und Pflichten der contrahirenden Staaten wäre somit ungleich bestimmt und dies könnte nicht in der Absicht derselben liegen.

In ähnlicher Weise und mit demselben Grunde, wie man den Gerichtsstand des Art. 420 des Code de proc. für einen stillschweigend gewählten Wohnsitz ausgibt, könnte man mehrere Gerichtsstände, die in der badischen Prozeßordnung neben dem Gerichtsstand des gewählten Wohnsitzes und insbesondere auch gegen Ausländer bestehen, für einen Gerichtsstand des (stillschweigend) gewählten Wohnsitzes erklären und unter den Art. 2 Abs. 5 des Staatsvertrags stellen, z. B. den Gerichtsstand einer geführten Verwaltung, indem es eine stillschweigende Einwilligung den Mandatars ist, sich am Orte der geführten Verwaltung belangen zu lassen, da der §. 19 der Pr.O. dieses als eine gesetzliche Folge desselben bestimmt.

Endlich hätte es jeder Staat vermöge des Rechts der Gesetzgebung in der Hand, durch Einführung des gemeinrechtlichen forum contractus dem Art. 2 Abs. 5 des Staatsvertrags eine beliebige Ausdehnung zu geben, wenn man auch diesen Gerichtsstand unter jenen Artikel subsumiren würde; aber Niemand wird das eine oder das andere als dem Staatsvertrag entsprechend anerkennen.

N. d. Gr. rc.

D. R.

III.

1) Der Eintrag eines richterlichen Pfandrechts ergreift nicht die Liegenschaften, welche der Schuldner schon vorher kraft einer zum Grundbuch eingetragenen Vermögensübergabe veräußert hat.

2) Ein Gläubiger dritter Ordnung kann nur begehren, daß ein ihm vorgesetzter Gläubiger nach ihm locirt, nicht aber, daß derselbe in die fünfte Classe verwiesen werde.

3) Dies Verlangen des Vorrangs darf noch in

zweiter Instanz und ungeachtet des Anerkenntnisses der Forderung und des Pfandrechts des Gegners gestellt werden.

Entscheidungsgründe
zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 12. Februar 1856
No. 464.

In Sachen Ziegler gegen Fautz.

In vorliegender Sache ist nur die Frage zu entscheiden: ob die Forderungen des Joseph Fautz und Georg Gißler vor oder nach jener des Anton Ziegler jung in dritter Ordnung des Ganturtheils zu befriedigen sind?

Mit Recht beschwert sich Ziegler darüber, daß ihm die genannten zwei Gläubiger vorgesetzt wurden, da diesen in der That keinerlei Pfandrecht auf die Masseliegenschaften zusteht.

Als nämlich Fautz und Gißler die richterlichen Liquiderkenntnisse vom 28. Januar und vom 10. März 1848 und die nachherigen Pfandbuchseinträge vom 22. Februar und 20. März 1848 gegen den ursprünglichen Schuldner Anton Ziegler alt erwirkten, hatte dieser sein Vermögen, und damit sämmtliche Liegenschaften, bereits an die zweiteheliche Tochter Genofeva, jetzt Ehefrau des Gantschuldners, zu Eigenthum übergeben und alle Verfügungsgewalt hierüber dadurch verloren, daß der Uebergabevertrag vom 21. Dezember 1847 zum Schnellinger Grund- und Gewährbuch eingetragen worden ist.

Die somit erst in das Eigenthum der Genofeva Ziegler und dann in die allgemeine Gütergemeinschaft der Ferdinand Duffner'schen Eheleute übergegangenen Liegenschaften konnten von den später gegen Anton Ziegler alt erfolgten Urtheilen und Einträgen nicht mehr ergriffen werden.

L.R.S. 1583a und II. Einf.Ed. §. 25.

Ist nun gleich den Oberappellaten Fautz und Gißler durch das in zweiter Instanz bestätigte Ganturtheil ein richterliches Unterpfandsrecht auf die zur F. Duffner'schen Gantmasse gehörigen Liegenschaften zur Ungebühr eingeräumt worden, so hat doch der Oberappellant Ziegler kein Interesse dabei, deren Zurücksetzung in die fünfte Ordnung zu begehren, indem er seinen Zweck vollkommen erreicht, wenn er den Oberappellaten in dritter Ordnung vorgesetzt wird. Pr.O. §. 885. 886.

Diesen Vorrang durfte Ziegler mit der Appellation noch geltend machen, obschon sein Abwesenheitspfleger Lucas Neumaier das Liquidationsprotokoll vom 22. Dezember 1852, worin die Forderungen und Pfandrechte der Oberappellaten anerkannt wurden, am Schlusse mit andern Personen, welche in der Tagfahrt erschienen waren, unterzeichnet hat, weil darin über die Rangordnung unter den einzelnen Gläubigern nicht verhandelt, daher ein Verzicht auf Seiten des L. Neumaier nicht zu unterstellen, vielmehr dessen Unterschrift lediglich auf die Liquidation der Ziegler'schen Forderung zu beziehen ist.

Aus diesen Gründen 2c.

P.

IV.

Ueber den Unterschied zwischen anfänglicher Nichterfüllung eines Vertrags und nachträglicher Verletzung des erfüllt gewesenen Vertrags, sowie namentlich darüber, daß der Pächter wegen Entziehung eines ihm übergeben gewesenen Stücks der Pachtobjecte von Seiten des Verpächters nicht die Bezahlung des Pachtzinses verweigern, sondern nur dessen Minderung verlangen darf.

Entscheidungsgründe
zum hofgerichtlichen Urtheil vom 8. Februar 1856
No. 669.

In Sachen Fürstenberg gegen Kinzigthaler Bergwerkverein.

Der beklagte Verein weigert sich nur deßhalb, den im Uebrigen unbestrittenen Pachtzins zu bezahlen, weil die klagende fürstliche Standesherrschaft eine der ihm verpachteten Gruben an einen anderen abgetreten hat. Dieser Umstand ist jedoch nicht geeignet, den Beklagten auch nur zeitweise von seiner Zahlungspflicht zu entbinden, denn da nicht behauptet ist, daß die Klägerin diesen Theil der Pachtobjekte nicht überliefert habe, und vielmehr die Sache sich so verhält, daß die Klägerin viele Jahre nach Abschluß des Pachtvertrags die Grube wieder an sich gezogen, und anderweit vergeben hat, so liegt darin von Seiten der Klägerin kein Mangel der Vertragserfüllung, sondern nur eine Verletzung des erfüllten Vertrags. War diese Handlung eine unbefugte, so ist die Klägerin dafür natürlich haftbar, allein daß der Beklagte hierwegen nicht die Auflösung des Pachtvertrags verlangt, ergibt sich aus

einer Widerklage auf Vertragserfüllung, und so handelt es sich nur um Entschädigung und Minderung des Pachtzinses, in welcher Richtung jeder Antrag des Beklagten fehlt, so daß nicht ermessen werden kann, ob und in wie weit der Beklagte deßhalb zur Zurückbehaltung des Pachtzinses berechtigt ist (L.R.S. 1719 Ziff. 3, L.R.S. 1722. 1726). Demnach war der Beklagte zur sofortigen Entrichtung des verfallenen Pachtzinses nebst Verzugszinsen zu verurtheilen.

Entscheidungsgründe
zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 2. September 1856
No. 2822.

Der in der Klage angeführte Vertrag vom 23. Februar 1847, wornach die klagende Standesherrschaft die in der Klagbeilage verzeichneten 70 Gruben- und Versuchsarbeiten dem beklagten Bergwerksverein zum bergmännischen Betrieb um den jährlichen Zins von 1000 fl. pachtweise überlassen hat, ist anerkannt.

Die Klägerin behauptet nun, daß der Beklagte mit dem Pachtzins vom letzten Jahre im Rückstande hafte.

Letzterer wendet dagegen ein, daß die Klägerin den Vertrag nicht erfüllt, beziehungsweise demselben zuwider gehandelt habe, indem von ihr die Grube Ludwig No. 107 zu Adlersbach (No. 14 der Beil.) anderweit verpachtet worden sei.

Die Intention beider Theile geht übrigens auf nichts anderes, als auf Erfüllung des Vertrags, indem die Klägerin die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung des Pachtrückstandes begehrt und dieser im Wege der Widerklage die Einräumung der besagten Grube verlangt.

Die Klage ist begründet und durch das Zugeständniß des Beklagten erwiesen. Die geschehene Uebergabe des Pachtobjekts, welche bezüglich der im Streite liegenden Grube erst in zweiter Instanz geläugnet wurde, geht schon aus dem Inhalt des Vertrags und seiner Anlage, überdies aber aus dem langjährigen Geschäftsbetrieb des Vereins, der Entrichtung des Pachtzinses bis auf das letzte Jahr, insbesondere aber daraus hervor, daß die Klägerin im Jahr 1852 in der Lage war, die Freigebung der besagten Grube nachzusuchen.

Die der Klage entgegengesetzte Einrede ist nicht geeignet, die Verweigerung der Zahlung des verfallenen Pachtzinses zu rechtfertigen. Hat nämlich die Klägerin ohne Wissen und Willen des Beklagten die Grube weiter verpachtet, so kann unter Umständen nur etwa eine verhältnißmäßige Minderung des Pachtzinses verlangt werden.

Ein solches Begehren ist aber zur Zeit nicht gestellt, und daher auch nicht darüber verhandelt worden. Wäre es aber richtig, daß, wie die Klägerin explicirt, die Freigebung der Grube auf ihr Ansuchen von dem Beklagten ausgesprochen worden ist, dann bleibt nach einer in der Klage angeführten und vom Beklagten zugegebenen ausdrücklichen Vertragsbestimmung die Pachtsumme unverändert. P.

V.

Anzeige.

Bekanntlich ist im Reg.-Bl. vom 23. Mai l. J. No. XXI. S. 179 ein neues Gesetz über den Gebrauch des Stempelpapiers und den Ansatz von Sporteln bei den Gerichten in bürgerlichen Rechtssachen und in Strafsachen verkündet worden, wodurch das im Jahr 1846 bei C. Macklot in Karlsruhe verlegte Schriftchen über das badische Sportelgesetz in bürgerlichen Rechtssachen von L. Stempf, Hofgerichtsrath in Mannheim, seine Bedeutung verloren hat. Annalen XIV. 200.

Dafür entschädigt uns der Herr Verfasser durch ein anderes, im Verlag von T. Löffler zu Mannheim erschienenes Werkchen, betitelt:

Die neue
Sportelgesetzgebung
für
Civil- und Militairgerichte
im
Großherzogthum Baden.
In alphabetischer Ordnung vollständig zusammengestellt rc.

Durch diese Zusammenstellung soll die richtige Anwendung des Gesetzes erleichtert werden. Es wird daher gewiß Jedermann, der zu den gerichtlichen Stempeln und Sporteln in irgend einer Beziehung steht, das ihm dargebotene Hilfsmittel willkommen heißen.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. **Jahrgang XXIII.** **No. 48.**

I.

Ueber das Prozeßverfahren in Handelssachen.

Zu bedauern ist, daß die revidirte Prozeßordnung für Handelsprozesse kein besonderes Verfahren aufgestellt hat, wie dies in den §§. 414 bis 442 des Code de procedure der Fall ist, wobei noch bemerkt werden muß, daß in Ermanglung besonderer, aus Kaufleuten bestehender Handelsgerichte, auch die gewöhnlichen bürgerlichen Gerichte nach den besondern Normen des Handelsprozesses verfahren könnten.*)

Aber auch die Einführung von, wenigstens theilweise aus erfahrenen Kaufleuten zusammengesetzten Handelsgerichten, kann weder große Schwierigkeiten noch bedeutende Kosten verursachen, vielmehr sind dieselben durch das Aufblühen des Handels, durch die außerordentliche Vermehrung der aus denselben entspringenden Streitigkeiten **) dringendes Bedürfniß geworden.

Die Handelsgerichte bestehen nicht allein längst in Frankreich und Belgien, sondern sie haben auch in Oesterreich, in Hamburg und Bremen Eingang gefunden, Rheinhessen hat ein, Rheinpreußen aber sieben Handelsgerichte, in Würtemberg finden sich Handelsschiedsgerichte, und in Altbaiern eilf, theilweise mit Kaufleuten besetzte Merkantil- und Wechselgerichte, ebenso mehrere Handelsappellationsgerichte, welche alle Handelssachen in zweiter und letzter Instanz entscheiden.***)

*) So urtheilen z. B. die sämmtlichen Bezirksgerichte der bairischen Pfalz, in Ermangelung eigentlicher Handelsgerichte, in Handelssachen, nach den Formen des Handelsprozesses.

**) Allein bei dem Stadtamte Mannheim sind jährlich zwei bis dreihundert Handelsprozesse anhängig, und die Zahl derselben ist seit den letzten Jahren in fortwährendem Steigen begriffen.

***) Wie sehr man in andern Ländern Handelsgerichte zu würdigen weiß, kann schon aus dem Umstande ersehen werden, daß ausländische Handelsleute häufig nur ungern die gewöhnlichen Civilgerichte angehen. So hatte ein Londoner Haus einem Anwalte zu Mannheim zu einem bedeutenden Prozesse Vollmacht ertheilt, und nahm dieselbe sogleich wieder zurück, sobald es erfuhr, daß zu Mannheim kein Handelsgericht existire.

Die im Gesetze vom 6. März 1845 für die damals beabsichtigten Handelsgerichte enthaltene Beschränkung derselben auf die Entscheidung von Prozessen zwischen Kaufleuten selbst oder mit ihren untergebenen, dürfte unpraktisch, die daselbst dem auswärtigen Gläubiger gelassene Wahl, ob er bei dem Handelsgerichte, oder dem gewöhnlichen Civilgerichte klagend auftreten will, aber dem Zwecke des ganzen Instituts zuwiderlaufend erscheinen.

Allein nicht nur die Existenz collegiatisch organisirter Handelsgerichte, sondern auch die Einführung besonderer Prozeßnormen für Handelsprozesse überhaupt, erscheint dringend nothwendig.

Im Handelsverfahren ist vor Allem durch rasche Erledigung, und zwar, wo dies nur irgend möglich ist, unter Beiziehung sachverständiger Richter, auf Abschneidung aller unnützen Weiterungen und Verzögerungen, auf energische Vollstreckung zu sehen.*)

Es ist nun bereits früher**) theilweise nachzuweisen versucht worden, daß viele Bestimmungen unserer Prozeßordnung, z. B. die Theorie über Versäumungserkenntnisse, die Suspensivkraft der Appellation, die schriftliche Ausfertigung der Urtheile an solche, die in der Publikationstagfahrt ausgeblieben sind (§. 345 der Pr.O.), die Vorschrift des §. 221 der Pr.O., die Protokollirung aller

*) Mit Recht sagt Treilhard in der Berathungssitzung vom 4. April 1806 bezüglich der Handelsgerichte: ici tout est simple, tout est rapide, point d'avoués, tout doit être, tout est sommaire, l'équité, la bonne foi sont la base de tous les jugemens, il serait fort à désirer, que les parties pussent toujours être entendues contradictoirement et en personne.

**) Annalen der bad. Ger. XIX. Nr. 27, XXI. Nr. 29.

Vorträge und Beweiserhebungen, für das Handelsverfahren vielfach unpraktisch sind.

Vor Allem müßten die Parteien, soweit dies nur irgend möglich ist, auf Verlangen des Gerichts zur ganzen Verhandlung, nicht aber bloß zur Beantwortung einzelner Fragen in Person erscheinen. Wenn die beiden Theile, die sich jetzt freilich oft kein Gewissen daraus machen, einem Amtsrespizienten in seiner Amtsstube gegenüber, während derselbe noch mit hundert andern Gegenständen beschäftigt ist, leere Ausflüchte vorzubringen oder vorbringen zu lassen — vor einer Versammlung von Notabeln des Handelsstandes erscheinen, Alles selbst vortragen, auf jede Frage sogleich selbst Rede stehen müßten — so dürfte sicher anzunehmen sein, daß eine ganze Reihe von Prozessen, die jetzt unverdrossen durch alle Instanzen getrieben werden, gar nie entstanden wären, weil der eine oder andere Theil sich jedenfalls gescheut haben würde, vor Handelsleuten zum Nachtheile seines Credits mit Ausflüchten aufzutreten, welche ihn als verdächtiges Mitglied des Handelsstandes darzustellen im Stande wären.

Die Erfahrung lehrt, daß die allermeisten Chikanen gerade in den Handelsprozessen vorkommen, so oft der Preis einer bestimmten Waare steigt oder sinkt, und in Folge des veränderten Preises der eine der Contrahenten alle Mittel in Bewegung setzt, um von dem Vertrage loszukommen, dessen Erfüllung ihm nunmehr Verlust bereiten müßte.

Es ist dieses eine Wahrnehmung, die man in Handelsstädten alle Tage machen kann.

Die Verhandlung in Handelssachen kann jedenfalls nur eine rein mündliche sein. Ein schriftliches Prozeßverfahren dürfte ganz unpraktisch erscheinen. Wenn beide Theile Handelsleute sind, so kann die Sache ohne alle Gefahr für die Gründlichkeit der Verhandlung, schon aus dem Grunde rasch und einfach durch Besprechung mit beiden Theilen in einer einzigen Sitzung abgemacht werden, weil der Handelsmann in seinen Angelegenheiten selbst die meiste Kenntniß und Erfahrung hat, weil er deßhalb in den häufigsten Fällen ohne rechtsgelehrten Beistand fertig werden wird, und weil durch das Erscheinen der Parteien in Person alle Frist- und Vertagungsgesuche wegen mangelnder Information u. s. w. von selbst wegfallen.

Die Verhandlung vor dem Handelsgerichte müßte jedenfalls in unappellablen Sachen ganz mündlich, blos unter Aufzeichnung des Urtheils, bei appellablen aber unter Zugrundelegung eines kurzen Status causae et controversiae geschehen. *)

Die Appellation wäre soviel als nur möglich zu beschränken. Der häufige Gebrauch der Rechtsmittel, wie er jetzt bei uns in Handelssachen vorkömmt, ist ein großes Hinderniß für deren Erledigung, und dürfte die Berufung überhaupt schon deßhalb zu beschränken sein, weil, wenn collegialisch organisirte Handelsgerichte existiren, bereits ein Collegium in erster Instanz geurtheilt hat, und eine Berufung an ein zweites Collegium vielfach überflüssig erscheinen dürfte.

Man hat deßhalb in Frankreich die ursprüngliche Appellationssumme von tausend Franken in Handelssachen durch Gesetz vom 3. März 1840 auf fünfzehnhundert Franken, und in Belgien durch Gesetz vom 25. März 1841 sogar auf zweitausend Franken erhöht, ein Beweis, wie sehr man es für wohlthätig hält, die Berufungen soviel als möglich zu umgehen. Während in Baden fast alle bedeutenden Handelsprozesse drei Instanzen durchmachen, sind in Frankreich von den 126, 355 Sachen, welche von 221 Handelsgerichten im Jahr 1851 entschieden wurden, nur vier in die Cassationsinstanz gelangt! **)

Nach den Verhältnissen unseres Landes könnte die Appellationssumme ohne Nachtheil auf mindestens dreihundert Gulden festgesetzt werden.

Vollstreckbarkeit der Urtheile in Handelssachen trotz der Appellationsanzeige ist eines der dringendsten Bedürfnisse, denn leider erscheint diese Anzeige sehr häufig nur als frivoles und wohlfeiles Mittel, sich die Borgfrist selbst zu verschaffen, die der Gegner vielleicht verweigert. Ist es doch vorgekommen, daß ein, in einer ganz klaren Sache verurtheilter Schuldner, nachdem er zur Bestürzung seines Gläubigers gegen ein verurtheilendes Erkenntniß die Appellation angezeigt hatte, später dem Respizienten

---

*) Auf diese Weise werden Handelssachen auch in Frankreich verhandelt, und der sicherste Beweis, wie sehr Beschleunigung in dieser Prozedurform möglich ist, wird durch die große Zahl der jährlich entschiedenen Fälle geliefert. So erfolgten nach amtlichen Berichten im Jahre 1854 bei dem Handelsgerichte zu Mainz 794, bei dem zu Elberfeld aber sogar 3077 Entscheidungen.

Selbst die sonst so vorzügliche Hannöver'sche Pr.O. scheint (wie man häufig sich aus Originalacten zu überzeugen Gelegenheit hat) für das Handelsverfahren nicht recht praktisch zu sein, indem sie auch für die letzteren den außergerichtlichen Schriftenwechsel als Regel aufgestellt hat.

**) Gerichtssaal VI. pag. 243.

selbst unumwunden erklärte, er habe dieß nur gethan, um auf so bequeme Art ein Vierteljahr Zeit zu gewinnen!

Und daß, bis die Appellation für verfallen erklärt ist, der Schuldner Zeit hat, sein Vermögen wegzuschaffen, ist von selbst klar. *)

Nur ein Beispiel von den Wirkungen der Suspensivkraft der Appellationsanzeige in Handelssachen soll hier angeführt werden:

Viele Gläubiger hatten gegen den Handelsmann G. D. Klagen auf Zahlung von 30,000 fl. anhängig gemacht. Damit waren Gesuche um Beschlagnahme großer Quantitäten Holz, die am ganzen Oberrhein zerstreut lagen, verbunden. Die Arreste wurden angelegt, und nach gepflogenen Verhandlungen wurde G. D. zur Zahlung der eingeklagten Summen verurtheilt, zugleich wurden die Beschlagnahmen der Hölzer bestätigt. Der Beklagte, welcher durch Verzögerung einer rechtskräftigen Entscheidung einen Vergleich zu Stande zu bringen hoffte, appellirte aber gegen alle Urtheile erster Instanz. Wären nun diese verurtheilenden Erkenntnisse ungeachtet der Appellation provisorisch vollstreckbar gewesen, so würden die reichen Kläger Caution geleistet, und die fürsorgliche Vollstreckung durch Versteigerung der mit Arrest belegten Hölzer, welche zu jener Zeit noch einen bedeutenden Werth hatten, erwirkt haben. Allein die Sache sollte anders kommen!

Der Beklagte dachte gar nicht daran, die meisten der angezeigten Berufungen auszuführen, aus dem einfachen Grunde, weil bei der Klarheit der Sachlage an ein abänderndes Urtheil zweiter Instanz gar nicht zu denken war.

Aber durch die Appellationsanzeige war die Vollstreckung gehemmt, und der Arrest bestand fort, ohne daß die Kläger daraus Nutzen ziehen konnten.

Mittlerweile verdarb aber das arretirte Holz im Wasser, verlor an Werth, die Bewachung desselben kostete täglich fünf bis sechs Gulden — aber die Vergleichsverhandlungen zerschlugen sich, und als nach einem Vierteljahre die erste Appellation für verfallen erklärt wurde, mithin es zur Execution hätte kommen können, erklärte sich der Schuldner zahlungsunfähig.

Das arretirte Holz mußte nun von der Gantmasse, da inzwischen der Winter gekommen war, mit bedeutendem Verluste schleunig verkauft werden, um nicht später ganz zu verderben, die Bewachungskosten waren bis auf siebenhundert Gulden angewachsen, und die Gläubiger, welche enorme Anwalts- und Gerichtskosten gezahlt hatten, waren jetzt nach so vieler Mühe, nach Zinsverlust, Zeitversäumniß und Aerger, genöthigt, noch ein weitläufiges und kostspieliges Verfahren in der Gant durchzumachen, um wenigstens den verhältnißmäßig geringen Erlös des Holzes zu verlangen.

Und die Beschädigung der Gläubiger entstand sicher großentheils durch die dreimonatliche Verzögerung in Folge der Suspensivkraft der Apellationsanzeige, ohne daß gegen den Schuldner ein Einschreiten möglich war, denn Jedermann darf ungestraft die Appellation anzeigen, und qui jure suo utitur, neminem laedit!

Die Theorie, daß in den meisten Fällen nur beim z w e i t t e n Ausbleiben eines streitenden Theiles ein Versäumungserkenntniß erlassen werden kann, erscheint im gewöhnlichen Prozeßverfahren als zweckmäßig, kann aber im Handelsprozesse durch die daraus entstehenden Verzögerungen unendlichen Schaden herbeiführen.

Jeder Sachkenner wird gestehen müssen, von welcher außerordentlichen Wichtigkeit im Großhandel, zumal in Handelskrisen, eine Frist von acht bis vierzehn Tagen ist, wie in dieser Zeit der Handelsmann je nach den Verhältnissen der Krisis reich oder zum Bettler werden kann. Der betreibende Theil hat nun das höchste Interesse, sobald als möglich ein vollzugreifes Urtheil zu erhalten, um z. B. die Erfüllung eines Vertrags zu erwirken, so lange ihm überhaupt die Erfüllung noch von Nutzen ist, oder um die Vollstreckung noch zu einer Zeit betreiben zu können, wo sein Gegner noch Mittel besitzt.

Gerade durch den Ungehorsam aber hat der böswillige Schuldner das beste Mittel in Händen, den Gläubiger hinauszuziehen, und ihm die Erreichung seines

*) In Frankreich und den Rheinlanden geht man hierin anders zu Werke. Ein in diesem Augenblick vorliegendes Urtheil besagt ganz einfach:

„In Sachen des J. W. zu Mannheim gegen W. U. P. zu Ludwigshafen, verurtheilt das königliche Bezirksgericht zu Frankenthal, sprechend als Handelsgericht, den Beklagten unter Leibeshaft, dem Kläger 857 Gulden zu zahlen, — — committirt den Gerichtsboten W e i s m a n n mit der Zustellung, und der Leibeshaft wegen. Gegenwärtiges ist alsbald von Allen, die es angeht, in Vollzug zu setzen."

Also nicht binnen 14 Tagen (binnen welcher der Schuldner Gelegenheit hat seine Person und sein Vermögen in Sicherheit zu bringen), auch zeigt der verfängliche Schlußsatz von der Leibeshaft, daß man wohlweislich gleich nach dem Urtheile den Schuldner auf Verlangen festnimmt, und ihm dann überläßt, im A r r e s t e das Resultat einer allenfallsigen Appellation abzuwarten.

Zieles unmöglich zu machen. Wenn der Beklagte, wie täglich vorkömmt, erst in einer zweiten Tagfahrt eine Vernehmlassung abgibt, erst in einer zweiten Tagfahrt Beweis antritt, oder sich auf die Beweisantretung vernehmen läßt, erst in der zweiten Eidestagfahrt einen zugeschobenen Eid verweigert, so wird er zwar um einige Gulden gestraft, kann aber durch systematisches Hinausziehen nicht allein die Entscheidung verzögern, sondern auch dem Gläubiger den empfindlichsten Nachtheil zufügen, namentlich wenn der Streit Handelsartikel betrifft, welche, wie z. B. das Getraide, der Tabak, das Oel oder der Spiritus einen, so sehr dem Wechsel unterworfenen Preis haben.*) Und solche Prozeßführung ist bei unsoliden Handelsleuten leider nur zu oft wahrzunehmen, und wenn schließlich die Mittel der Chikane erschöpft sind, und der Schuldner vielleicht durch mißglückte Spekulationen sein Vermögen vollends verloren hat, läuft der Gläubiger noch Gefahr, durch Gantmäßigkeit seines Gegners um seine ganze Forderung zu kommen.

Durch die Vorschrift des §. 608 der Pr O. ist besonders dem Wechselprozesse sehr an Energie genommen worden. Die Bestimmungen des §. 705 der Pr.O., wonach der Wechselprozeß so viel als möglich beschleunigt werden soll, erscheinen deßhalb ziemlich bedeutungslos, weil — obschon die erste Tagfahrt nicht über drei Tage hinausgesetzt werden darf, dennoch auf das erste Ausbleiben des Beklagten hin kein Versäumnngserkenntniß ergeben kann, sondern erst noch eine zweite Tagfahrt anberaumt werden muß, die von der ersten wenigstens acht Tage entfernt sein soll.

Und wenn im contradictorischen Wechselverfahren eine Tagfahrt zur Urtheilspublikation anberaumt wird, und der Verurtheilte darin nicht erscheint, sondern ruhig abwartet, bis ihm das Urtheil behändigt wird und wenn er die zur Zahlung festgesetzte Frist von drei Tagen benützt, um sein Vermögen bei Seite zu schaffen, oder zu entfliehen, so wird der Gläubiger von den Garantieen des Wechselprozesses allerdings keinen großen Begriff bekommen können.

Und solche Fälle ereignen sich jeden Augenblick in Städten, wo viele Wechselprozesse vorkommen. So lange das Gesetz nicht gestattet, gegen jeden wechselrechtlich Haftenden gleich bei Beginn des Prozesses gegen Sicherheitsleistung die Maßregeln des §. 172 des ältern Wechselrechts anzuwenden, kann überhaupt von einer W e c h s e l s t r e n g e gar keine Rede sein.

Als Beispiel, wie sehr selbst im Wechselprozesse der Gläubiger beschädigt werden kann, trotzdem daß dieser Prozeß dazu bestimmt ist, dem Gläubiger mit ganz besonderer Raschheit und Energie zu seinem Rechte zu verhelfen, diene folgender Fall:

Ein amerikanisches Handelshaus hatte gegen den Handelsmann B. W. zu M. eine Klage auf Zahlung einer Wechselschuld von 4000 fl. erhoben.

Würde nun gleich mit der Zustellung der Klage Vermögensbeschlag und Arretirung des Schuldners haben erfolgen können, so wäre der Prozeß augenblicklich zu Ende gewesen, weil der Beklagte (ein badischer Staats- und Gemeindebürger) jedenfalls Zahlungsmittel besaß. Allein die Sache hatte nun einmal den vorschriftsgemäßen Gang des Wechselverfahrens durchzumachen.

Am Tage, an welchem die Wechselklage zugestellt wurde, ließ, wie sich später zeigte, der Beklagte auf seine sämmtlichen, sehr bedeutenden Liegenschaften zu Gunsten eines Dritten einen Pfandeintrag für eine angebliche Forderung von 22,000 fl. fertigen, welche letztere, wenigstens im genannten Betrage, niemals bestanden hat. Im Laufe der contradictorischen Prozeßverhandlungen wurden, wie man später erfuhr, Kostbarkeiten und Vorräthe von Werth bei anderen Personen untergebracht oder zum Scheine verkauft. Im Momente aber, wo auf dem Amte das Urtheil publicirt wurde, saß der Beklagte bereits auf der Eisenbahn und verschwand. Die Gläubiger waren nun genöthigt, alle zu ihrem Nachtheil geschehenen Veräußerungen anzufechten mit der actio Pauliana und hätten nun Gelegenheit gehabt, alle Controversen dieser berühmten Klage auf eigene Kosten kennen zu lernen; wenn nicht in der Folge diese Angelegenheit durch Zufall auf andere Weise geordnet worden wäre.

Die Appellation gegen v e r u r t h e i l e n d e Erkenntnisse hat im Wechselprozesse allerdings keine aufschiebende Wirkung. Allein, da nicht unbedingt gesagt ist, daß a l l e Urtheile, ungeachtet der Appellationsanzeige vollstreckbar sein sollen, da also, wenn z. B. in einem Urtheile auf Leistung eines Eides erkannt und darauf die Appellation angezeigt wurde, dieser Eid nicht abgenommen werden kann, ehe die Sache in der Appellationsinstanz erledigt ist, so haben böswillige Schuldner auch hier längst die

*) Die Chikanestrafen sind in Handelsprozessen deßhalb meistens ganz bedeutungslos, weil diese sich in den häufigsten Fällen um so große Summen drehen, daß eine Strafe von fünf oder zehn Gulden gar nicht in Betracht kommt.

Mittel gefunden, es nicht so leicht zu einem unbedingt verurtheilenden Erkenntnisse kommen zu lassen. Es ereignete sich häufig, daß die Beklagten die Aechtheit ihrer Unterschrift unter dem Wechsel leugneten, den darüber zugeschobenen Eid annahmen, oder aber gegen besseres Wissen eine Einrede, z. B. der Zahlung vorschützten, dem Gläubiger den Eid darüber zuschoben, und dann gegen das auf Eidesleistung erkennende Urtheil die Appellation anzeigten. In diesen Fällen konnte nicht unerachtet dieser Berufungsanzeige fürsorglich der Eid abgenommen werden, und die Beklagten hatten ein verurtheilendes Erkenntniß glücklich abgewendet.

Die Vorschriften über die Bildung und Prozedurform der Handelsgerichte, wie solche bei uns eingeführt werden könnten, lassen sich einfach in folgende Sätze zusammenfassen:

1) Das Handelsgericht besteht aus einem rechtsgelehrten Vorsitzenden, und vier Beisitzern aus dem Handelsstande.

2) Dasselbe erkennt in allen Rechtsstreitigkeiten, welche der H.R.S. 1 und der Art. 7 des Einf.-Ges. zur Wechselordnung vom 19. Februar 1849 aufzählt, und zwar bis zum Betrage von 300 fl. in letzter Instanz, bei größerem Streitwerthe vorbehaltlich der Berufung an das Obergericht.

3) Jeder außerhalb des Gerichtsbezirkes wohnende Kläger oder Beklagte hat, ohne daß eine gerichtliche Aufforderung hiezu nothwendig wäre, in seinem ersten Vortrage am Gerichtssitze Domicil zu wählen, widrigenfalls ihm alle Beschlüsse nur durch die Post zugestellt würden, und der erhobene Postschein als Zustellungsbeurkundung gelten würde.

4) Das Gericht kann nach Umständen die Vorladung der Parteien auf denselben Tag, an dem die Klage eingereicht wird, verfügen.

5) Das Gericht kann jede Partei zur Selbstführung des ganzen Prozesses anhalten, außer wenn die Partei im Auslande wohnhaft ist.

6) Der §. 221 der Pr.O. ist in Handelssachen unanwendbar.

7) Schriftliches Verfahren findet nicht statt, es liegt indessen in der Befugniß des Gerichts bei besonders verwickelten Streitigkeiten die Parteien anzuhalten, einzelne Vorträge schriftlich einzureichen.

8) Bei nicht appellablen Streitigkeiten braucht nur das Urtheil sammt Entscheidungsgründen, aus denen sich der Gegenstand des Streits ersehen läßt, aufgezeichnet zu werden.

9) Gegen ungehorsam ausgebliebene Parteien wird auf die erste Ungehorsamsanklage Versäumungserkenntniß erlassen. Wird dagegen Restitution erwirkt, so liegt es im Ermessen des Gerichts, ob es der Restitutionsbitte ungeachtet, mit oder ohne Caution das Urtheil dennoch vollstrecken lassen will.

10) Jedes Urtheil gilt im Augenblicke seiner Publikation auch den nicht anwesenden Parteien gegenüber für eröffnet.

11) Jedes Urtheil ist unmittelbar nach der Verkündung vollstreckbar, vom Ermessen des Gerichts hängt es ab, ob es trotz eingelegter Appellation dasselbe gegen Cautionsleistung oder ohne solche vollstrecken lassen will.

12) Alle Urtheile können sogleich mit Personalarrest vollstreckt werden, ohne daß der Mangel anderer Zahlungsmittel zu behaupten wäre.

13) Im Wechselprozesse ist der Gerichtspräsident befugt auf Antrag des Klägers gegen jeden wechselrechtlich Haftenden zugleich mit der Ladung auf die Klage gegen Cautionsleistung oder ohne solche, Personal- und Realarrest zu verfügen.

14) In Handelssachen kann der klagende Inländer einen ausländischen Beklagten im Inlande belangen, sobald er darthut, daß der Beklagte nach den Gesetzen seines Heimathlandes berechtigt wäre, seinerseits den Kläger im umgekehrten Falle vor das Gericht seines (des Beklagten) Wohnsitzes zu ziehen. *)

15) Auf Antrag des inländischen Klägers kann der Handelsgerichtspräsident, wenn der Kläger nachweist, daß ein ausländischer Schuldner die Erfüllung einer Verbindlichkeit verweigert, ohne weitere Bescheinigung einer Gefahr, den Schuldner ver-

*) Diese Retorsion dürfte vollkommen gerechtfertigt erscheinen. Täglich werden Inländer in Folge des Artikel 14 des Code civil vor auswärtige Gerichte geladen, auf etwaiges Ausbleiben verurtheilt, und im Betretungsfalle verhaftet, ebenso werden von den rheinischen Gerichten jeden Augenblick auf den Grund des kaiserlichen Dekrets vom Jahr 1810 ohne alle Bescheinigung Arreste gegen badische Staatsangehörige erkannt, während unsere Prozeßordnung die Klagen von Inländern gegen Ausländer nur in seltenen Fällen im Inlande zuläßt, und das Arrestverfahren gegen Ausländer auf solche Weise beschränkt hat, daß, wie die Erfahrung lehrt, den Inländern sehr häufig bedeutender Nachtheil dadurch zugefügt wird.

haften, oder dessen im Inlande angetroffenes Vermögen mit Sicherheitsarrest belegen lassen, und zwar ohne die Voraussetzung des §. 644. 6 der Pr.O.

16) Sobald vertretbare Sachen im Streite liegen, ist der Handelsgerichtspräsident befugt, auf Antrag einer Partei die Versteigerung der Waaren und Hinterlegung des Erlöses zu verfügen.

17) Das Handelsgericht behandelt die Ganten der Handelsleute. Es ist befugt, die Gant von Amtswegen zu erkennen, sobald die Zahlungseinstellung des Schuldners notorisch geworden ist.*)

18) Bis zur Einführung eigentlicher, theilweise aus Kaufleuten bestehender Handelsgerichte, und überhaupt an solchen Orten, wo sich keine Handelsgerichte befinden, urtheilen die gewöhnlichen bürgerlichen Gerichte nach obigen Normen mit dem Unterschiede, daß die Appellationssumme auf 50 fl. festgesetzt wird.

Jeder Sachkundige wird zugestehen müssen, daß nur durch solche Prozedurvorschriften das Handelsverfahren diejenige Raschheit und Strenge erlangen kann, welche zur Aufrechthaltung des Credits und zum Schutze des reellen Kaufmanns gegen unwürdige Vexationen nothwendig erscheint.

Schließlich muß noch erwähnt werden, daß nach der allgemeinen Erfahrung die Klagen, welche über den Mangel an genügenden Jurisdiktionsverträgen in früheren Nummern dieser Zeitschrift laut geworden, nur allzu begründet sind.

Es ist wirklich kaum glaublich, auf welche Weise die Handelsbeziehungen zwischen den einzelnen Rheinuferstaaten durch den Mangel an gleichförmiger Gesetzgebung, und durch den Umstand leiden, daß jedes Urtheil jenseits der Landesgrenze seine Wirksamkeit verloren hat.

So wird von den rheinischen und holländischen Gerichten gegen jeden Ausländer mit einer Strenge verfahren, die bei uns ganz unbekannt ist, überall sind die Grundsätze über das Forum verschieden, die Prozedur ist eine andere, und — was die Hauptsache ist — von einer Vollstreckung der ausländischen Urtheile ist fast nirgends die Rede. So werden in Rheinpreußen badische Urtheile (nach officieller Mittheilung des Oberprocurators in Köln) als nicht ergangen angesehen, — wiewohl gerade Rheinpreußen mit uns in den nächsten Handelsbeziehungen steht — und in Folge dessen wurde von mehreren badischen Gerichten die Legitimation des Syndicus einer Kölner Gantmasse, welcher in Baden liegende Theile der letzteren einziehen wollte, nicht anerkannt, weil das Ganterkenntniß des Kölner Handelsgerichts ignorirt, und ausgesprochen wurde, daß der Cridar, dessen Rechtsfähigkeit nicht unbedingt vernichtet sei, bezüglich seines im Auslande liegenden Vermögens, über dessen Verwaltung und Vertheilung das Kölner Gericht nicht urtheilen dürfe, immer noch als dispositionsfähig angesehen werden müsse. Das gleiche Erkenntniß wurde vom Bezirksgericht in Frankenthal erlassen, welches den Massepfleger der Löwenthal'schen Gantmasse zu Mannheim, der in Baiern liegende Vermögenstheile einziehen wollte, aus demselben Entscheidungsgrunde zurückwies, und in den Motiven noch beifügte, daß es sich an die Vorschriften des französischen Rechts halte, und um „die Utopie eines Völkerrechts" nichts kümmere. Nur durch solche Umstände war der seltene Fall möglich, daß, als der zu Mannheim sich aufhaltende Handelsmann G. D., dessen Geschäft sich aber zu Ludwigshafen befand, fallirte, sowohl das Stadtamt Mannheim, als das Bezirksgericht zu Frankenthal ein Ganterkenntniß erließ.

Was wäre natürlicher gewesen, als daß die gesammte Gantverhandlung dem Gerichte überlassen geblieben wäre, welches zuerst Gant erkannte? Da aber jedes der beiden Gantgerichte das Ganterkenntniß des anderen nicht berücksichtigte, so existiren jetzt zwei Ganten, mit doppeltem Personal an Massepflegern, Gantanwälten, Syndiken und Gläubigerausschüssen, so daß zum großen Nachtheil der Gläubiger, welche sämmtlich ihre Foderungen doppelt liquidiren, und dazu badische wie baierische Anwälte aufstellen mußten, bis jetzt bereits Tausende an Kosten aufgewendet werden mußten, und die Schuldner des Cridars lange Zeit bis zu einer endlich getroffenen Verständigung von zwei Gantmassen um Zahlung ihrer Schuldbeträge angegangen und mit gerichtlicher Verfolgung bedroht wurden!

Möge deßhalb die zu hoffende allgemeine deutsche Handelsgesetzgebung endlich solchen Mißständen abhelfen!

Hoffschmid.

*) Art. 449 des Code de comm. Es ist dies das einzige Mittel, außergerichtliche Gantvergleiche zu hindern, über welche so viel geklagt wurde, ohne daß ein Mittel zur Abhülfe angegeben werden konnte.

II.

1) Der Gerichtsstand für Theilungsstreitigkeiten ist dem Gerichte des Wohnsitzes des Erblassers auch dann noch begründet, wenn nach Beendigung der Thätigkeit der Theilungsbehörde diese wegen Uneinigkeit der Betheiligten dieselben an das Gericht verwiesen hat.

2) Die natürlichen Mütter können mit obervormundschaftlicher Ermächtigung Namens ihrer Kinder Erbtheilungsklagen anstellen.

3) Die Anerkennung natürlicher Kinder kann von Seiten ihres Vaters, obwohl er Badner ist, rechtsgültig im Auslande geschehen, wenn sie in den dort vorgeschriebenen Formen erfolgt, weßhalb auch die von den Adjunkten eines französischen Maire aufgenommene Anerkennungsurkunde wirksam ist.

4) Zum Beweise einer solchen Anerkennung genügen legalisirte Auszüge aus den ausländischen bürgerlichen Standesbüchern, so lange sie nicht nach Maßgabe von Pr.O. §. 412 ff. als falsch angefochten sind. L.R.S. 45. Annalen XXII. S. 328.

5) Franzosen sind in Baden erbfähig.

Hugendobler gegen Hugendobler.

Am 16. August 1851 starb der aus der Schweiz gebürtige Kaufmann Johann Karl Hugendobler, Bürger in Kehl, ohne über sein beträchtliches Vermögen letztwillig verfügt zu haben. Zwei entfernte Verwandte aus dem Thurgau und aus St. Gallen waren auf väterlicher und mütterlicher Seite die nächstberechtigten Erben, welchen die beiden Klägerinnen Namens ihrer von dem Erblasser angeblich anerkannten, unehelichen und minderjährigen Kinder drei Viertheile des Nachlasses streitig machten, und deßhalb Klage erhoben, wogegen sich die Beklagten nicht nur durch Bestreitung der Anerkennung, sondern auch durch alle möglichen Einwendungen zu schützen suchten, jedoch vergebens, da in allen drei Instanzen zu Gunsten der Klägerinnen erkannt worden ist.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Unbestritten gehören die beiden Beklagten, welche die nächsten Erben des † Joh. Karl Hugendobler sind, zu den Seitenverwandten, gegenüber welchen L.R.S. 757 den natürlichen Kindern drei Viertel des Nachlasses zuerkennt. Auch die Größe des Nachlasses in der betreffenden Erbquote ist nicht beanstandet.

Die Zuständigkeit des Unterrichters ist nach Pr.O. §. 16 L.R.S. 822 nicht zu bezweifeln, denn nach der Schlußverhandlung vor der Theilungsbehörde verwies diese gerade die definitive Erbtheilung an das Gericht, und somit kann von einer beendeten Theilung keine Rede sein. L.R.S. 823. 724.

Ebenso unbegründet ist im Hinblick auf Pr.O. §. 89. 90. 94 die Beanstandung des gemeinsamen Auftretens der Streitgenossen.

Auch der Legitimationspunkt ist geordnet, denn nach dem (nur hinsichtlich der Alimentationsklagen für uneheliche, nicht anerkannte Kinder durch §. 4 des Gesetzes vom 21. Februar 1851 (Reg.-Bl. No. XV.) abgeänderten) L.R.S. 393a sind die klagenden Mütter allerdings die gesetzlichen Vormünderinnen ihrer unehelichen Kinder, und die zufolge L.R.S. 461 erforderliche Ermächtigung durch den Familienrath, beziehungsweise in Baden durch das Bezirksamt (II. Einf.-Ed. §. 5) ist nachgewiesen.

Was die Frage betrifft, ob der Beweis geführt ist, daß der Erblasser die beiden klagenden Kinder als seine natürlichen Kinder anerkannt hat, so hat der klagende Theil in Folge der erhaltenen Beweisauflage vom 22. Mai v. J. eine Reihe von Urkunden vorgelegt, und nachträglich weitere Urkunden übergeben.

Letztere werden zwar nach Pr.O. §. 371 von den Beklagten als verspätet angefochten, allein deren Zulässigkeit ergibt sich hier gemäß §. 372 Pr.O. daraus, daß der klagende Theil sich auf die Original-Civilstands-Register von Straßburg berufen hatte, deren Production aber von den französischen Behörden verweigert wurde.

Diese theils von dem Stellvertreter des badischen Consuls zu Straßburg, theils von der badischen Gesandtschaft zu Paris legalisirten Urkunden enthalten Auszüge aus den Büchern des bürgerlichen Standes von Straßburg über Geburt und Anerkennung der beiden Kläger, haben mithin nach L.R.S. 45 volle Beweiskraft, zumal die Anerkennung selbst hinsichtlich des Sohnes der Sophie Bechtold wörtlich, und hinsichtlich des Sohnes der Helena Baumeier wenigstens hinlänglich deutlich darin mitgetheilt ist.

Bezüglich des letzteren ist sie in der Geburtsurkunde

selbst geschehen, was nach L.R.S. 334 gültig ist; jene des Sohnes der Sophie Bechtold erfolgte in einem besondern Akte vor dem Adjunkten des Maire von Straßburg, der hiezu nach französischen Gesetzen zuständig ist. (Gilbert Note 52 zu Art. 334. Zachariä Bd. I. §. 57 Bd. II. S. 403 vor und in Note 17) Da nun L.R.S. 47 sowohl für Inländer, als auch für Ausländer die im Auslande nach den dortigen Gesetzen formrichtig abgefaßten Urkunden des bürgerlichen Standes für vollbeweisend erklärt, jene Beweisurkunden aber den französischen Gesetzen entsprechen, und die Bemängelungen von Seiten der Beklagten nur unwesentliche Nebenpunkte betreffen, und die Einrede der Falschheit von den Beklagten nicht nach Maßgabe von Pr.O. §. 412 ff. vorgetragen und begründet wurde, auch die Identität der Kläger unzweifelhaft, und jene des anerkennenden Vaters mit Sicherheit zu erkennen ist, so erscheint als bewiesen, daß der Erblasser Johann Karl Hugendobler die beiden klagenden Minderjährigen als seine Kinder anerkannt hat. Daß diese Kinder gegen die Vermuthung (L.R.S. 725. Zachariä Bd. IV. §. 593. lit. b. Bd. I. §. 80 vor Note 2) nicht lebensfähig geboren oder wieder mit Tod abgegangen sind, haben die Beklagten nicht behauptet, auch ist das Gegentheil aktenmäßig, und das Kind der Helena Baumeier ist Inländer, und jenem der Sophie Bechtold steht, namentlich bei einer Fahrnißerbschaft, seine Ausländereigenschaft nicht entgegen, (L.R.S. 726 und 11 mit L.R.S. 3) weil in Frankreich die Fremden nach dem Gesetze vom 14. Juli 1819 erbfähig sind. (Gilbert Note 1 zu Art. 726).

Demnach und nach Ansicht von L.R.S. 724 erscheinen die Beklagten Appellanten durch das der Klage entsprechende unterrichterliche Urtheil nicht als beschwert.

Diese Entscheidungsgründe wurden bei Bestätigung des hofgerichtlichen Urtheils in III. Instanz adoptirt.

Dr. Puchelt.

III.

Anfrage.

In Sachen des Jakob Ullrich zu Ettlingen gegen den Rathschreiber Neumeier allda, Forderung betr., hat der Richter erster Instanz unterm 2. Oktober l. J. zu Recht erkannt:

„Der Beklagte sei schuldig, den Erlös aus dem, dem Karl Ullrich im Zwangswege versteigerten Gabholz in dem zugestandenen Betrage von 16 fl. oder in dem noch näher vom Kläger zu liquidirenden Betrage binnen 14 Tagen bei Vermeidung des Gerichtszugriffs an Kläger auszufolgen und die Kosten des Verfahrens zu tragen."

Gründe.

Der Beklagte ist geständig, den Erlös aus dem im Zwangswege versteigerten Gabholz des Bäcker Karl Ullrich, auf welches er am 27. Januar 1853 gerichtlichen Beschlag gelegt hatte, sich zugeeignet zu haben; da er jedoch nicht auch eine Zuweisung desselben erwirkt hatte, so war er zur Empfangnahme nicht berechtigt. Mit Recht verlangt daher Kläger die Herausgabe dieses Erlöses, denn wenn er auch erst am 21. April, also nach dem Beklagten, einen Beschlag erwirkt hatte, so hatte er sich doch und zwar am 6. Februar d. J. den mit Beschlag belegten Betrag zuweisen lassen. Dadurch ist er Eigenthümer des Guthabens seines Schuldners geworden, und ist der unberechtigte Empfänger dieses Guthabens zur Herausgabe verpflichtet.

§. 992. 982—986 d. Pr.O.
L.R.S. 544.

Aus diesen Gründen ꝛc.

Es fragt sich nun, ob diese Ansicht im Gesetz begründet ist? X.

Antwort der Redaktion.

So viel sich aus der kurzen Mittheilung über den Verlauf der Sache entnehmen läßt, ist auf Antrag des jetzigen Beklagten gegen seinen Schuldner Karl Ullrich nach den in den §§. 957. 963 und 971 der Pr.O. über die Pfändung der Fahrnisse enthaltenen Vorschriften verfahren, sofort der Holzerlös, nach Abzug der Kosten, an den betreibenden Gläubiger ausgeliefert worden. Damit war das Vollstreckungsverfahren beendigt. Eine richterliche Zuweisung hätte Neumeier allein dann nachsuchen müssen, wenn von einem Beschlag auf ausstehende Forderungen des Karl Ullrich die Rede gewesen wäre. Pr.O. §. 982 Abs. 4.

Um das Ergebniß der Vollstreckung — den Holzerlös — ganz oder theilweis für sich in Anspruch zu nehmen, hatte der Kläger, als dritter Gläubiger, nur den Weg der Einsprache unter den Voraussetzungen des §. 1039 der Pr.O.

Diese Einsprache würde aber in so fern, als zur Zeit ihrer Erhebung das Vollstreckungsverfahren schon beendigt und der Holzerlös an Neumeier ausbezahlt war, nach Ansicht des §. 1040 der Pr.O. post festum gekommen sein. D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. **No. 49.**

I.

Rechtsfall.

1) Ein Kauf resp. Verkauf von Staatspapieren oder Aktien ist darum noch kein Differenzgeschäft, weil die Parteien sich schließlich mittels einer Differenzberechnung auseinander setzen.

2) Wie kann der Beweis der Ausführung eines Auftrags erstellt werden? Welchen Werth hat die Correspondenz, die Buchung, der Schlußzettel eines Maklers? Ist Zeugenbeweis zuläßig? A.S. 109.

Göz gegen Cassel.

Handelsmann Cassel in Mannheim beauftragte den 22. Mai 1855 das Handlungshaus Göz und Cie. in Frankfurt, fl. 5000 Berbacher Eisenbahn Aktien per ultimo Juni für ihn zu verkaufen, worauf das beauftragte Handlungshaus den 23. Mai die geschehene Ausführung des Auftrags zum Cours von 135¼ anzeigte. Den 31. Mai gab derselbe einen weitern Auftrag zum Verkauf von fl. 5000 der nemlichen Aktien per ultimo Juni, worauf ihm abermals umgehend die Ausführung zum Cours von 135¾ angezeigt wurde. Den 25. Juni ersuchte derselbe das Frankfurter Handlungshaus, den Verkauf auf ultimo Juli zu prolongiren, worauf dieses ihm unter dem 29. Juni anzeigte, daß es für seine Rechnung fl. 10,000 Berbacher Aktien zu 145 per Prolongation gekauft und ihn daher für fl. 14,500 zuzüglich der Zinsen belastet, dagegen ihm für abgelieferte fl. 5000 zu 135¼ und weitere fl. 5000 zu 135¾ die Summe von fl. 13,736 gut geschrieben habe. Cassel erwiederte darauf nichts, sondern ersuchte den 29. Juli seinen Mandatar, „die Effekten per ultimo August zu prolongiren." Mit diesem Brief hatte sich ein Schreiben von Göz und Cie. gekreuzt, worin diese den Cassel ersuchten, ihnen die verkauften und per ultimo Juli prolongirten Papiere einzusenden. Auf dieses Schreiben erfolgte keine Antwort, weßhalb Göz den Cassel den 31. Juli durch den Notar zur Lieferung der Aktien auffordern ließ, jedoch ohne bessern Erfolg. Göz sah sich nun genöthigt, die Papiere an der Börse, wo sie unterdessen auf 159¾ gestiegen waren, anzukaufen, um sie abliefern zu können, belastete daher den Cassel für den Ankaufpreis von fl. 15,975, schrieb ihm den Erlös zu 145 mit fl. 14,500 gut, und gab sodann Rechnung an Cassel, aus welcher sich unter Beirechnung der Zinsen und Provision eine Forderung von fl. 2479 ergab, die er, weil die Zahlung verweigert wurde, einklagen ließ. Der Beklagte gab die Ertheilung der Aufträge zu, stellte aber die Ausführung in Abrede, weßhalb bezüglich dieser auf Beweis erkannt wurde. Dieser wurde angetreten

1) mittelst Vorlage der Correspondenz, welche anerkannt wurde,
2) mittelst Vorlage der Bücher, welche als ordnungsmäßig geführt befunden wurden,
3) mittelst Vorlage der Makler Schlußzettel, welche von den Ausstellern als von ihnen herrührend anerkannt wurden,
4) durch Zeugen; der Zeugenbeweis wurde jedoch nicht erhoben,
5) durch Erbieten zum Erfüllungseid,

worauf jedoch ein abweisendes Erkenntniß aus folgenden Gründen erfolgte:

„Die Klägerin verlangt von dem Beklagten den Ersatz verschiedener Auslagen, welche sie bei dem angeblichen Vollzuge ihr von dem Beklagten ertheilter Aufträge zum Verkaufe und Ankaufe Berbacher Eisenbahnaktien bestritten haben will, sowie die Zahlung der Zinsen aus den ausgelegten Summen und der Provision.

Die rechtliche Begründung der Klage, wie sie von der Klägerin vorgetragen wurde, unterliegt nach L.R.S. 1984. 1999. 2001 keinem Zweifel.

Der Beklagte hat, wenn man die in seinen anerkannten Briefe liegenden Zugeständnisse mitberücksichtigt, nur die in der Verfügung vom 25. Oktober v. J. unter a. b. c. d. angeführten und deßhalb gemäß §. 355. 362 P.O. zum Beweise ausgesetzten Thatsachen bestritten.

Die Klägerin trat diesen Beweis an:

Zu a und b,

durch Vorlage der sogenannten Schlußzettel der Makler Erlanger und Löwenik und durch Berufung auf dieselben Makler und den Käufer Reinach als Zeugen.

Der Zeugenbeweis kann nach L.R.S. 1341 in Verbindung mit A.S. 109 nicht als zulässig erachtet werden, weil die fraglichen Rechtsgeschäfte den Betrag von 75 fl. weit übersteigen und solche bedeutende Geschäfte sehr gut schriftlich abgeschlossen werden können, und auch schriftlich abgeschlossen zu werden pflegen.

Jene Urkunde wurde zwar von den Ausstellern als ächt anerkannt; allein Schlußzettel der Makler beweisen nach A.S. 109 nur dann, wenn sie von den Parteien gehörig unterzeichnet sind, was bei den vorliegenden nicht der Fall ist.

Vrgl. Pardessus, Cours du droit commerc. No. 247.

Sie sind nichts als außergerichtliche schriftliche Zeugnisse, welche hier um so weniger in Betracht kommen können, als der Zeugenbeweis nach dem oben Gesagten als unzulässig erscheint. Abgesehen hiervon haben sie aber jedenfalls nach L.R.S. 1327 kein sicheres Datum, und das abgeschlossene Geschäft ist nicht einmal darin bezeichnet.

Zudem trägt der Schlußzettel des Maklers Erlanger, welcher sich nur mit dem Anfangsbuchstaben seines Namens unterschrieben hat, das Datum 24. Mai 1855, während das betreffende Geschäft nach der Klage am 23. Mai 1855 abgeschlossen worden sein soll, und die Kläger bereits an diesem Tage dem Beklagten die Anzeige vom angeblichen Abschlusse erstatteten. Ferner stellt sich der Makler Löwenik in seinem Schlußzettel selbst als Contrahent dar — während dies nach A.S. 85 geradezu verboten ist.

Der angetretene Beweis muß sonach als vollständig mißlungen betrachtet werden.

Ist man aber dieser Ansicht, so fallen die übrigen Beweissätze von selbst hinweg. Denn es kann von keiner Prolongation eines Geschäfts und deren weitern Entwicklung die Rede sein, wenn das ursprüngliche Geschäft rechtlich als gar nicht dagewesen angesehen werden muß.

Die Aufträge zu diesen angeblichen Prolongationsgeschäften waren gegenstandslos.

Offenbar liegen hier, wie auch der Beklagte geltend macht, nur in die Form von Aufträgen zum Verkaufe und Kaufe gekleidete Differenz- oder Prämiengeschäfte vor, wobei die Absicht der Parteien im Grunde nur auf Berechnung und Zahlung der Differenz gerichtet war, und der Kläger weder wirkliche Verkäufe und Käufe abschließen sollte, noch abgeschlossen hat, oder mit andern Worten, ein Börsenspiel, eine Wette, woraus das Gesetz keine Klage gestattet.

L.R.S. 1965.

Zachariä Bd. II. S. 465.

Auch wenn das Auftragsverhältniß nicht blos ein fingirtes war, sondern die Klägerin auf Rechnung des Beklagten mit dritten Personen Differenzgeschäfte abschließen sollte, könnte sie daraus keine Rechte ableiten, weil der Gegenstand des Auftrags ein unerlaubter wäre.

Wenn es hiernach noch auf den Beweis der unter c und d der Verfügung vom 25. Oktober v. J. erwähnten Thatsachen ankommen könnte, so müßte solcher ebenfalls als vollständig mißlungen angesehen werden, denn der angetretene Zeugenbeweis ist nach dem Obigen unzulässig, und die vorgelegten Bescheinigungen Anlage 4. 5. 6 sowie der Brief Stiebels vom 29. Juni 1855 sind nichts als außergerichtliche schriftliche Zeugnisse ohne sicheres Datum und ohne nähere Bezeichnung der Geschäfte, so daß sich nicht einmal daraus ersehen läßt, ob die hier in Frage stehenden darin gemeint sind.

Anlage 4. 5. 6 sprechen auch sämmtlich nur von der Differenz und ebenso enthält der noch vorgelegte Auszug aus dem Journale und Hauptbuche der Kläger nichts als blose Differenzberechnungen.

Wenn der Beklagte in seinen Briefen an die Klägerin die Anzeige derselben über die angebliche Verkaufs- und Kaufsabschlüsse entgegen nahm und daraufhin weitere entsprechende Aufträge ertheilte, so könnte hieraus höchstens entnommen werden, daß der Beklagte damals den Anzeigen der Klägerin Glauben schenkte, keineswegs aber könnte man darin ein verbindliches Anerkenntniß von Rechtshandlungen finden, welche ohne des Beklagten

Mitwirkung und in seiner Abwesenheit vorgenommen worden wären.

Die ganze Beweisantretung macht überhaupt den Eindruck eines gezwungenen Versuches; es scheinen eine Reihe anderer Differenzgeschäfte dazu benützt worden zu sein. Ueber keines derselben liegt ein schriftlicher Beweis vor, wie ihn L.R.S. 1341 verlangt; es ist aber durchaus nicht anzunehmen, daß alle diese Geschäfte, wobei es sich um viele Tausende gehandelt hätte, blos mündlich abgemacht würden.

Aus guten Gründen hat der Gesetzgeber den verderblichen, täglich mehr um sich greifenden Börsenspielen die Klagbarkeit versagt.

Eine andere Frage ist es indessen, ob die kaufmännische Ehre nichts destoweniger die Tilgung daraus entstandener Verbindlichkeiten dem Schuldner gebietet, was übrigens hier nicht weiter zu erörtern ist; aus diesen Gründen ꝛc. ꝛc.

Gegen dieses Urtheil wurde die Berufung an das großh. Hofgericht ergriffen, und sich auch namentlich darüber beschwert,

1) daß die Correspondenz nicht schon als genügender Beweis angesehen,
2) daß den Handelsbüchern nicht wenigstens der Werth eines ergänzenden Beweismittels beigelegt,
3) daß die in Frankfurt ausgestellten Makler Schlußzettel nach badischem Recht beurtheilt, mithin der Grundsatz „locus regit actum" verletzt,
4) daß der Zeugenbeweis verworfen worden sei, während er in Handelssachen überhaupt, in allen Sachen aber wo der Anfang eines schriftlichen Beweises vorliege, zulässig sei,
5) eventuell, weil nicht wenigstens auf den angebotenen Erfüllungseid erkannt worden sei.

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises erkannte unter dem 15. September d. J. abändernd auf den Erfüllungseid aus folgenden Gründen:

Die Klägerin hält sich durch das Urtheil des Stadtamts Mannheim vom 13. April d. J. No. 13,401 seinem ganzen Inhalte nach für beschwert, und zwar zunächst deßhalb, weil dasselbe die Klage abgewiesen habe.

Das großh. Stadtamt ging bei seiner Entscheidung von der Ansicht aus, daß die Rechtsgeschäfte, auf welche die Klägerin ihre Ansprüche gründe, zwar in die Formen eines erlaubten Vertrags eingekleidet seien, und daß daher die Klage, welche sich auf diese äußere Einkleidung stütze, an und für sich betrachtet, rechtlich begründet erscheine, daß dagegen das Ergebniß der Beweisverhandlungen die Einrede des Beklagten bewahrheitet habe, — daß nemlich hier nur ein Differenz- oder Prämiengeschäft, mit andern Worten ein Börsenspiel, eine Wette vorliege, woraus das Gesetz keine Klage gestatte. Es ist daher vor allem zu untersuchen, ob diese Ansicht des Unterrichters begründet sei. Es ist unbestreitbar, daß es auf die wahre Bedeutung und nicht auf die äußere Einkleidung eines Rechtsgeschäfts dann ankommt, wenn die äußere Form nur gewählt ist, um ein gebietendes oder verbietendes Gesetz zu umgehen (negotium, cui dolus adversus legem innest); daß daher in vorliegendem Falle von einem verbotenen Spiel nur dann die Rede sein kann, wenn feststeht, daß die Absicht beider Vertragspersonen darauf gerichtet war, eine wirkliche Lieferung geradezu auszuschließen und die Zahlung der jeweiligen Differenzen zum alleinigen Gegenstande ihres Vertrags zu machen, daß daher die Correspondez blos deßhalb einen wirklichen Verkauf von Werthpapieren simulirte, um die wahre gesetzwidrige Vertragsursache dem Auge des Richters zu entziehen.

Aus der Correspondenz des Beklagten läßt sich nun überall nicht entnehmen, daß es von seiner Seite nicht auf eine reelle Lieferung am Verfalltage abgesehen gewesen sei, und die Klägerin war daher auch durch die Briefe des Beklagten nicht in die Lage gesetzt, zu ermessen, ob Letzterer die ihr zum Verkauf angebotenen Papiere dereinst liefern oder ob er sich die Differenz des Courses berechnen lassen wolle; der Beklagte vermochte aber keine Thatsachen anzuführen, aus welchen einerseits seine Absicht, blos ein Differenzgeschäft einzugehen, und andererseits die Kenntniß dieser Absicht Seitens der Klägerin außerhalb der Correspondenz zu entnehmen wäre. Ob aber die Klägerin in Folge des ertheilten Auftrags etwa mit dritten Personen bloße Differenzgeschäfte abschloß, berührt den Beklagten nicht, da es ihm ja jeder Zeit frei stand, durch reelle Lieferung der verkauften Aktien die von ihm als Auftraggeber übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen. Es läßt sich endlich aber auch aus dem Umstande allein, daß ein Kauf von Werthpapieren sich schließlich in eine blose Differenzberechnung auflößt, noch nicht darauf schließen, daß die Absicht der Vertragspersonen von vorn herein darauf gerichtet war, die wirkliche Lieferung auszuschließen und insofern beweißt auch die Thatsache, daß die Klägerin die eingegangenen Ver-

käufe schließlich in Form von Differenzforderungen, resp. Schuldigkeiten buchte, noch nicht, daß sie von vorne herein bloße Differenzgeschäfte abschloß, da aus keinem Umstande zu ersehen ist, daß sie nicht verbunden gewesen wäre, die per Prolongation gekauften Aktien im Falle der wirklichen Lieferung anzunehmen, resp. nicht das Recht gehabt hätte, solche an die Käufer derselben abzuliefern.

Durch die von der Klägerin vorgelegte und von den Beklagten anerkannte Correspondenz in Verbindung mit den vorgelegten Handelsbüchern derselben, ist nun aber hinreichend dargethan, daß die Klägerin die behaupteten Aufträge von dem Beklagten erhielt, und daß sie dieselben insofern ausführte, als sie den Beklagten in den Stand setzte, die von ihm zum Verkaufe angebotenen Aktien an den von ihm selbst gesetzten Verkaufszielern an dritte Käufer zu liefern, und daß sie daher folgeweise genöthigt war, am Verfalltage bei nicht erfolgter Lieferung von seiner Seite, die verkauften Aktien entweder aus ihrem eigenen Vorrathe abzugeben, oder sie zu dem Tages-Course anzuschaffen, oder endlich den Käufern durch Zahlung der Cours-Differenz Entschädigung zu leisten. Dadurch nämlich, daß die Klägerin dem Beklagten brieflich anzeigte, daß und zu welchen Coursen sie die von ihm angebotenen Aktien verkauft habe, und daß der Beklagte dies dadurch stillschweigend gutgeheißen, daß er, ohne eine Erinnerung hierwegen zu machen, neue Aufträge ertheilte, wurde die Klägerin dem Beklagten jedenfalls für die zugesagten Verkaufspreise haftbar, und es kann daher auch der Beklagte auf der andern Seite nicht mit der Einwendung aufkommen, daß höhere Preise zu erzielen gewesen wären.

Ebenso ist durch den Brief des Beklagten vom 25. Juni 1855 dargethan, daß er den Klägern den Auftrag ertheilte, die verkauften Effekten per ultimo Juli zu prolongiren.

Aus dem Schreiben des Beklagten vom 29. Juli geht aber hervor, daß er von der erfolgten Prolongation Kenntniß erhielt und solche, wie angezeigt, genehmigte, da er in dem genannten Schreiben Auftrag zu einer abermaligen Prolongation per ultimo August ertheilte.

Was dagegen den Beweis betrifft, daß die Klägerin diese Aufträge in der That auch ausführte, und daß sie schließlich sich Deckung zu 159¾ pCt. verschaffen mußte, weil der Beklagte ultimo Juli die zugesagte Lieferung unterließ, so ergibt die unter den Parteien geführte Correspondenz, beziehungsweise die Einträge in dem nach Frankfurter Gesetzen ordnungsmäßig geführten Hauptbuche und Journal der Klägerin, welche nach H.R.S. 12 in Handlungsgeschäften und zwischen Handelsleuten als Beweis zugelassen werden können, in Verbindung mit der vorgelegten Correspondenz mit Heinrich Stiebel, eine so starke Vermuthung für die Richtigkeit der Angaben der Klägerin, daß sie daraufhin zu dem angebotenen Erfüllungseide zugelassen werden konnte. Es mußte daher das unterrichterliche Erkenntniß abgeändert, und, wie geschehen, erkannt werden.

Dr. Ladenburg.

II.

Ueberbietungsrecht.

1) Nur die Benachrichtigung der Unterpfandsgläubiger von der Versteigerung (§. 1003 Pr.O.) hat die Befreiung des Guts von der Unterpfandslast im Sinne von §. 1023 Pr.O. zur Folge, wogegen dieselbe weder durch die zufällige Anwesenheit des Unterpfandsgläubigers bei der Versteigerung noch durch dessen Anmeldung seiner Forderung bei dem Vollstreckungsbeamten ersetzt wird. Vrgl. §. 133 der Vollz.-Verord. Reg.-Bl. 1851 S. 735.

2) Diese Benachrichtigung ist ungültig, wenn sie nur an den im Pfandbucheintrage bezeichneten Vormund der Gläubiger geschehen ist, während die Gläubiger theils volljährig geworden, theils unter einen andern Vormund gestellt sind.

3) Die Ankündigung von der Ausübung des Ueberbietungsrechts an den Steigerer der Liegenschaft und an deren früheren Eigenthümer (L.R.S. 2185 Z. 1. 3) kann mit Rechtswirkung durch das Bürgermeisteramt bewirkt werden.

4) Das Erbieten des Nachbieters, für den Betrag des Preises und der vom Käufer (Steigerer) übernommenen Lasten Sicherheit zustellen, (L.R.S. 2185 Ziff. 5) darf zwar nicht in der einfachen Erklärung, daß der Nachbieter zur Sicherheitsleistung bereit sei, bestehen, sondern muß

die Art bezeichnen, auf welche er Sicherheit bestellen will, allein es genügt, wenn sich mehrere Nachbieter bezüglich jener Punkte wechselseitig für sammtverbindlich erklärt haben.

Die Kläger, nemlich die drei minderjährigen G. Schulz'schen Kinder unter Vormundschaft des Joseph Hechinger und deren Schwestern, die Ehefrau des Mathias Ziegler und des Lorenz Heizmann hatten einen unterpfändlich gesicherten Kaufschillingsrest für gewisse Liegenschaften an Bonaventura Bürg zu fordern. Diese Liegenschaften hatte der Beklagte, Hübel in einer Zwangsversteigerung erworben, und bei der Verweisung des Erlöses hatten die Kläger keine Befriedigung erhalten.

Gestützt auf die Behauptung, daß eine gültige Benachrichtigung von der Versteigerung an sie nicht erfolgt sei, ließen nun die Kläger dem Beklagten und dem Bonaventura Bürg durch das Bürgermeisteramt eine schriftliche Erklärung innerhalb der Nothfrist des §. 1025 Pr.O. eröffnen, worin sie das ihnen durch Pr.-O. §. 1024 Abs. 2 vorbehaltene Recht des Nachbietens geltend machten, ein Zehntel über den Betrag des Steigerungspreises boten, und sich bereit erklärten, für den Betrag des Preises und der vom Beklagten übernommenen Lasten Sicherheit zu stellen, schließlich aber für alle ihre Zusagen die Sammtverbindlichkeit übernahmen. Da der Beklagte sich diesem Begehren widersetzte, so verfolgten die Kläger ihr Recht im Wege gerichtlicher Klage, wogegen der Beklagte die in der Ueberschrift angedeuteten und in den nachstehenden Entscheidungsgründen näher bezeichneten und erörterten Einwendungen vortrug.

Der Unterrichter verwarf die Klage, (worin ihm ein Votant des mittelrheinischen Hofgerichts beipflichtete) aus dem Grunde, weil die Erklärung der Kläger bezüglich der ihnen obliegenden Sicherheitsleistung ungenügend sei, indem zwar allerdings das Gesetz nur von einem Erbieten zur Sicherheitsleistung spreche (L.R.S. 2185 Z. 5), darunter aber nicht eine einfache Bereitwilligkeitserklärung, sondern eine wirkliche Bezeichnung der Art der Sicherheitsleistung verstanden werden müsse, und dieß in der Erklärung der Kläger bei der durch die Nichtigkeitsandrohung gebotenen strengen Anwendung des Gesetzes nicht gefunden werden könne.

Dagegen wurde in den obern Instanzen die kläger'sche Erklärung für genügend erachtet.

Entscheidungsgründe
zum hofgerichtlichen Urtheile vom 30. November 1855 No. 5579.

In Sachen Ziegler gegen Hübel.

Wenn man auch dem L.R.S. 2185 Z. 5, gegen den Wortlaut des Gesetzes die vom Unterrichter angenommene strengere Auslegung deßwegen geben muß, weil man dem Steigerer von Liegenschaften, gegen welchen das Nachgebot ausgeübt wird, nicht wohl zumuthen kann, sich auf eine blose Versicherung, für den Betrag des Preises und der übernommenen Kosten gut zu stehen, einzulassen, so ist im vorliegenden Falle das Nachgebot doch in der Art geschehen gewesen, daß sämmtliche Nachbieter wechselseitig sich sammtverbindlich erklärt hatten, für alle ihnen obliegenden Leistungen.

Hierdurch war dem jetzigen Beklagten Gelegenheit gegeben, zu prüfen: ob er bezüglich desjenigen, was er nach S. 2185 Z. 5 verlangen kann, gedeckt sei oder nicht, und erwägt man, daß er in dieser Beziehung (wegen des Zahlungsvermögens der Nachbieter) keinerlei Einwand erhoben hat, so würde eine Zurückweisung der Kläger in vorliegendem Falle dem Gesetze nicht entsprechen, welches im §. 1024 Pr.O. die Rechte der zur Versteigerung nicht vorgeladenen Pfandgläubiger durch das ihnen gestattete Nachgebot schützen will.

Es mußte daher das amtliche Urtheil, wie geschehen, abgeändert werden.

Der vom Anwalt des Beklagten in der mündlichen Verhandlung hervorgehobene Einwand, daß dem Hauptschuldner Bonaventura Bürg das Nachgebot nicht bekannt gemacht worden sei (S. 2183 Z. 3) ist nach Inhalt der Akten unbegründet und ebenso ist es nicht richtig, daß die Kläger auf das ihnen zustehende Pfandrecht verzichtet gehabt hätten, oder daß sie zur Versteigerung vorgeladen gewesen seien. Inhaltlich der Pfandbuchsauszüge waren die Schulz'schen Kinder (die Nachbieter) mit ihrem Pfandrechte nur zu Gunsten des jetzigen Beklagten für das von Bürg bei diesem aufgenommenen Darlehen zurückgetreten, und eine Vorladung zur Versteigerung war nur an Jakob Haas II. ergangen, der aber nicht mehr Pfleger der Schulz'schen Kinder ist, die theils volljährig, beziehungsweise verheirathet sind, theils unter Vormundschaft des Jos. Hechinger stehen, welcher letztere auch die Anforderung der Schulz'schen Kinder dem Vollstreckungsbeamten kund gegeben hatte.

Aus diesen Gründen rc.

Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 14. Mai 1856 No. 1630.

Die Beschwerden des Beklagten gegen das hofgerichtliche Urtheil sind nicht gegründet.

Was nemlich zunächst die Vorschrift des L.R.S. 2185 No. 5 betrifft, so haben die Kläger in ihrem Nachgebot vom 22. Dezember 1854 durch die Erklärung der wechselseitigen Sammtverbindlichkeitsübernahme für den Kaufspreis und die von dem Käufer übernommenen Kosten sich nicht blos zu der vom Gesetze geforderten Sicherheitsleistung im Allgemeinen erboten, sondern es enthält jene Erklärung schon die bestimmte und specielle Benennung derjenigen Art von Sicherheit, welche sie zu leisten bereit waren, indem jeder der Nachbieter alle Mitunterzeichneten als sammtverbindliche Bürgen zu stellen verspricht, und diese zugleich durch ihre Mitunterschrift die Uebernahme dieser Verpflichtung aussprechen. *)

Es war somit die zu leistende Bürgschaft in solchem Grade speciell bezeichnet, daß eine Prüfung ihrer Zulänglichkeit möglich, und dem Beklagten zum Vortrag seiner Einwendungen gegen dieselbe Gelegenheit gegeben war. Der Beklagte hat aber solche Einwendungen nicht geltend gemacht und die Gerichte sind nicht befugt von Amtswegen dieselben zu ergänzen.

Auch die übrigen, vom Beklagten erhobenen und in den schriftlichen Verhandlungen geltend gemachten Anstände erweisen sich als unbegründet.

Durch die von dem Beklagten anerkannten Steigerungsakten und den bei denselben befindlichen Auszug aus dem Unterpfandsbuch ist dargethan, daß die Kläger einen Kaufschillingsrest mit Unterpfandsrecht zu fordern haben, und es erscheint eine weitere Beweisauflage in dieser Richtung um so mehr überflüssig, als der Beklagte noch in der Oberappellationsbeschwerdeschrift sich auf diese Akten, als auf ein gemeinschaftliches Beweismittel, berufen hat.

Daß ferner die Kläger, trotz ihrer Eigenschaft als eingetragene Unterpfandsgläubiger, von der Versteigerung nicht benachrichtigt wurden, ergibt sich ebenfalls aus den Versteigerungsakten. Zur Zeit des Nachgebots waren nemlich zwei der klagenden Schulzischen Kinder volljährig und durch ihre Ehemänner vertreten, während die drei minderjährigen Kinder unter Vormundschaft des Joseph Hechinger standen.

Zu beiden Versteigerungen wurde aber inhaltlich der erwähnten Akten keine der genannten Personen, sondern nur ein früherer Vormund dieser Kinder, Joseph Haas II. vorgeladen.

Daß dieser letztere im Pfandbuch als Vormund bezeichnet ist, ändert die Sache nicht. Es besteht keine Vorschrift, daß das Aufhören der Vormundschaft oder der Wechsel der Person in der Vertretung Minderjähriger zum Pfandbuch vorgemerkt werden müsse. Es ist vielmehr Sache des Vollstreckungsbeamten, bei der in der Natur der Sache gegründeten Wandelbarkeit dieses Verhältnisses vor Erlassung der Vorladungen den neuesten Zustand der Dinge zu constatiren.

Hiezu war der Vollstreckungsbeamte im vorliegenden Falle um so mehr aufgefordert, als der neue Vormund Joseph Hechinger schon vor der ersten Versteigerung durch schriftliche Liquidation seiner Forderung sich als Vertreter der Minderjährigen unter den Klägern angekündigt hatte.

Wäre ferner die Behauptung daß Hechinger der zweiten Versteigerung beigewohnt habe — eine Behauptung die sich wenigstens aus dem deßfallsigen Protokoll nicht bewahrheitet — auch richtig, so würde diese zufällige Anwesenheit, zumal nur Eines der Kläger, deren Benachrichtigung von der Versteigerung durch den Vollstreckungsbeamten nicht ersetzen, weil nur an die letztere das Gesetz in den §. 1023 und 1024 der Pr.O. die dort ausgedrückten Folgen geknüpft hat. Aus dem gleichen Grunde kann den Klägern die durch die Liquidation des Joseph Hechinger kundgegebene Kenntniß von einer vorgehenden Zwangsversteigerung nicht entgegengehalten werden.

Die Bemängelung, daß das Nachgebot nicht auch von dem Mitkläger Lorenz Heizmann ausgegangen sei, wird durch den Inhalt der vorliegenden besonderen Akten über die Bekanntmachung des Nachgebots an die Betheiligten widerlegt. Sie ist aber selbst dann, wenn man die Beilage zu der ersten Klage vom 22. Dezember 1854 ins Auge faßt, aus dem Grunde unrichtig, weil Lorenz Heizmann die Vollmacht zu Anstellung dieser Klage mitunterzeichnet hat.

Der Einwand, daß dem Hauptschuldner Bonaventura

*) Aus den §§. 832 und 833 des Code de proc., welche sich auf die Art. 2183 und 2185 des C. c. beziehen, geht klar hervor, daß eine Sicherheitsleistung durch Bürgschaft erforderlich ist, über deren Annahme summarisch verfahren wird. D. E.

Bürg das Nachgebot nicht bekannt gemacht worden sei, (L.R.S. 2185 Abs. 3) wird durch den Inhalt der erwähnten Akten über diese Bekanntmachung geradezu widerlegt, und was endlich die Behauptung betrifft, daß die Eröffnung an diesen wie an den neuen Eigenthümer durch den Bürgermeister keine dem Gesetze genügende sei, so ist dieselbe nach L.R.S. 2185 Abs. 1 und 3 unbegründet, da diese Gesetzesstellen nur von einer „Verkündung" und „Bekanntmachung" sprechen, ohne dieselbe an die notarielle Form zu binden.*)

Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 168 der Pr.O., wegen der Kosten, wurde, wie geschehen, bestätigend erkannt. P.

III.

Die Klage auf Herausgabe eingenommener Gelder gegen denjenigen, welcher den Erlös mit der Verbindlichkeit, die Gläubiger daraus zu befriedigen, eingezogen hat, kann von dem Schuldner nicht dahin angestellt werden, daß die Einnahme, soweit ihre Verausgabung nicht nachgewiesen, dem Schuldner ausgefolgt wurde, sondern dieser hat einen den Betrag der zu zahlenden oder gezahlten Schulden übersteigenden Einnahmen-Ueberschuß zu behaupten und nur auf diesen ein Klagrecht.

Valentin Ziegler von Schillingstadt forderte von den Erben des Altbürgermeisters Stauch von dort den Ersatz von vier Steigschillingen, welche derselbe für Liegenschaften, deren Zwangsversteigerung er auf amtliche Anordnung vorgenommen hatte, bei den betreffenden Steigerern eingenommen und — soweit er sie nicht verwiesen — für sich behalten habe.

Die beklagten Erben beschränkten sich, ohne eine Einrede vorzuschützen, darauf, zu widersprechen, daß ihr Erblasser die bezeichneten Beträge eingenommen habe.

Der Unterrichter wies nach gepflogenen Verhandlungen die Klage ab, indem er annahm, daß die vorgetragenen Behauptungen zu deren Begründung nicht hinreichen.

Dieses Urtheil wurde von dem großh. Hofgerichte des Unterrheinkreises III. Civ.-Sen. am 14. Juli 1856 aus folgenden Gründen bestätigt:

„Wenn der Vater der Beklagten von den dem Kläger im Zwangswege versteigerten Liegenschaften auch den zur Befriedigung der Gläubiger zu verwendenden Erlös eingenommen hat, so ist er zwar dem Schuldner Rechenschaft hierüber schuldig, allein gerade seine Verbindlichkeit, die Gläubiger zu befriedigen, legt ihm die Verpflichtung auf, den Erlös nicht an den Schuldner auszufolgen, und dessen Recht auf den Erlös ist bis zum Belauf der Forderungen seiner Gläubiger erloschen.

Das Recht des Eigenthümers der im Zwangswege veräußerten Liegenschaften auf den Erlös, beziehungsweise die Auslieferungspflicht des Einziehenden dem Schuldner gegenüber, beginnt sonach erst mit einem etwaigen Ueberschusse des Erlöses über jene Forderungen; darum gehört als wesentliches Erforderniß zur Begründung eines solchen Anspruchs auf den Erlös die Behauptung, daß die betreibenden Gläubiger mit ihren Forderungen befriedigt seien, und daß der betreffende Theil des Erlöses einen Ueberschuß bilde (somit an den Schuldner zurückfalle).

Hieraus folgt, daß der Kläger, wenn er, statt Rechnungsstellung zu verlangen, einzelne Posten des Erlöses, deren Einzug von Seiten des Vaters der Beklagten er gerade mittelst Quittungen nachweisen kann, von dessen Erben zurückfordern will, die oben erwähnten weiteren Voraussetzungen dieses Rückforderungsrechts behaupten und beweisen muß. Stf.

---

*) Auch hierüber enthält Code de proc. civ. in Art. 832 die ergänzende Vorschrift, daß jene Verkündungen durch den Huissier zu geschehen haben. — In einer Entscheidung des unterrheinischen Hofgerichts (Annalen XX. S. 358) ist angedeutet, daß die Ausübung des Ueberbietungsrechts durch Notariats-Akt zu geschehen habe, indessen sind dort nur solche Belege dieser Ansicht angeführt, welche ein solches Verfahren gestatten, ohne es zu gebieten, und darüber, daß dieser Weg der sicherste ist, kann natürlich kein Zweifel herrschen, woraus aber nicht folgt, daß er der allein zuläßige ist. — Die Vermittlung des Bürgermeisters wird übrigens nur dann genügen, wenn sich durch Zugeständniß, Unterschrift der Betheiligten und dgl. m. nachweisen läßt, daß und wann die Eröffnung geschehen ist, da dem Bürgermeister eine solche Funktion nirgends übertragen ist, und daher seine deßfallsigen Bescheinigungen nicht als öffentliche Urkunden gelten können. L.R.S. 1317. Gemeindeordnung §. 41 am Ende. D. G.

IV.

Der Umstand, daß ein Ehegatte vor mehr als drei Jahren ohne Staatserlaubniß ausgewandert, und deßhalb des Staatsbürgerrechts verlustig erklärt worden ist, begründet weder die Verschollenheit, noch die Landesflüchtigkeit, welche das Begehren der Ehescheidung rechtfertigt.

Annalen XVIII. No. 39, XXI. S. 154.

Entscheidungsgründe
zum hofgerichtlichen Urtheil vom 23. Febr. 1856, No. 946.
Die Ehescheidungsklage der Rieder'schen Ehefrau von Sand betr.

Die von der Michael Rieder'schen Ehefrau gegen ihren Ehemann erhobene Ehescheidungsklage wird darauf gestützt, daß derselbe vor 5 Jahren das Land verlassen habe, nach vorausgehendem Verfahren des Staatsbürgerrechtes unterm 4. März 1851 verlustig erklärt worden, auch sein Aufenthaltsort unbekannt seie.

Diese Klage ist nun aber in Rechten nicht begründet.

Der L.R.S. 232 a läßt, soweit er hierher anwendbar erscheinen könnte, die Ehescheidungsklage zu

1) wegen Verschollenheit. Zum Vorhandensein dieses Erfordernisses müßte aber das in den L.R.S. 115 folg. vorgeschriebene Verfahren vorausgegangen sein, was nicht der Fall ist. Sodann

2) wegen Landesflüchtigkeit. Diese letztere ist aber nach der zufolge L.R.S. 311 a (vergl. auch Brauer, Erläuterungen zu S. 232 a) behufs der Begriffsbestimmung zur Anwendung kommenden Eheordnung §. 43 lit. f. nur da anzunehmen, wo Jemand wegen Verbrechens das Land verlassen hat. Es genügt daher nicht, daß der beklagte Ehemann des Staatsbürgerrechts verlustig erklärt worden ist, und insbesondere kann das VI. Constitutionsedikt, welches in §. 9 von der Landsflüchtigkeit, durch welche man einer oder der andern Staatspflicht auszuweichen sucht, weder diesen Worten noch überhaupt seinem Geiste und Zwecke nach auf privatrechtliche Verhältnisse bezogen werden.

Aus diesen Gründen wurde die Ehescheidungsklage verworfen.

P.

V.

Der Pfandeintrag, welcher sich auf ein zurückgenommenes Liquiderkenntniß stützt, muß gestrichen werden.

So wurde in Sachen Walz gegen Wertheimer in zwei Instanzen erkannt.

Amtliche Entscheidungsgründe.

Der Kläger hatte gegen Anton Busam von Thiergarten wegen einer Forderung von 925 fl. 13 kr. unterm 15. April 1852 einen bedingten Zahlungsbefehl und am 29. desselben Monats ein Liquiderkenntniß erwirkt.

Dieses Liquiderkenntniß war jedoch vom Gerichte ohne Rücksicht auf den damals bereits angezeigten Widerspruch des ersten Befehls (welcher nach der damals noch im Gebrauche gewesenen Uebung lediglich auf die Rückseite der vom Beklagten wieder zu Amt übergebenen Ausfertigung des Zahlbefehls notirt, bei Vorlage der andern Ausfertigung mit dem Anrufen um Liquiderkenntniß aber nicht mit vorgelegt worden war), und somit aus offenbarem Uebersehen oder Irrthum erlassen worden.

Als sich das Gericht von dem Irrthume überzeugte, wurde von demselben das unter irrigen Voraussetzungen erlassene Liquiderkenntniß vom 29. April 1852 No. 10,536 mittels Verfügung vom 13. Mai 1852 No. 11,543 als irrthümlich erlassen, wieder aufgehoben, und der Kläger hievon benachrichtigt.

Dieser hatte aber, als er von der Wiederaufhebung des Liquiderkenntnisses Nachricht erhielt, dasselbe bereits am 13. März in das Unterpfandsbuch der Gemeinde Thiergarten, und am 29. Mai in jenes der Gemeinde Stadelhofen auf sämmtliche Liegenschaften des Anton Busam eintragen lassen.

Die Klägerin, einzige Tochter des inzwischen verstorbenen Anton Busam verlangt nun, daß das Gericht die Ausstreichung dieser beiden auf einer unregelmäßigen Rechtsurkunde beruhenden Einträge befehle, und es erscheint diese Klage nach L.R.S. 2160 in Rechten gegründet.

Die Thatsachen der Klage sind theils zugestanden, theils, soweit sie widersprochen wurden, durch die produzirten öffentlichen Urkunden erwiesen.

Die Einrede oder vielmehr Rechtsausführung, daß die Einträge gültig seien, und — ungeachtet Wiederherstellung ertheilt wurde — nicht gestrichen werden dürfen, ist hier unerheblich, weil es im vorliegenden Fall sich gar nicht um Wiederherstellung gegen das Liquiderkenntniß handelt.

Das Amt ordnete daher mit Urtheil vom 18. Oktober v. J. die Ausstreichung des Pfandeintrags an, und das mittelrheinische Hofgericht erließ unterm 22. Februar l. J. unter Adoption der amtlichen Entscheidungsgründe bestätigendes Urtheil.

P.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. **No. 50.**

I.

Die Börsengeschäfte.

2. Das Prämiengeschäft.

(Annalen No. 47 Seite 369.)

(Fortsetzung.)

Es versteht sich wohl von selbst, daß dieses Geschäft nicht in der Weise geschlossen wird, daß Jemand sich gegen die erhaltene Prämie verpflichtet, dem Andern jeder Zeit die überein gekommene Zahl bestimmter Papiere zu liefern, beziehungsweise von ihm zu empfangen, sondern daß er diese seine Verbindlichkeit auf eine bestimmte Zeit beschränkt; bezüglich dieser Zeit kann aber das Geschäft in zweierlei Weise geschlossen werden, entweder in der Art, daß der Prämiengeber sich an einem bestimmten Tag zu erklären hat, ob er beziehen, beziehungsweise liefern wolle; in diesem Fall bedient man sich in der Börsensprache des Ausdrucks „fix", z. B. der Prämiennehmer macht sich verbindlich, „ultimo Juni fix" auf Verlangen des Prämiengebers zu liefern, oder in der Weise, daß dem Prämiengeber das Recht eingeräumt wird, bis zu einem bestimmten Termine „täglich" die Lieferung, beziehungsweise die Empfangnahme der Papiere zu verlangen, in welchem Fall das Geschäft auch „Wandelgeschäft" genannt wird. Vrgl. Bender, Verkehr mit Staatspapieren S. 436 Thöl's Handelsrecht §. 99, und dessen Verkehr mit Staatspapieren §. 47.

Meines Wissens wird aber dieser Ausdruck nicht an der Börse, sondern nur von Schriftstellern gebraucht; ich halte ihn nicht für ganz zutreffend, vielmehr könnte man das Prämiengeschäft überhaupt „Wandelgeschäft" nennen, weil dem Einen Contrahenten stets das Recht eingeräumt ist, zu wandeln, d. h. von dem Vertrag wieder abzugehen. An der Börse bedient man sich der Ausdrücke „fix" und „täglich", je nachdem der Prämiengeber sich an einem bestimmten Tag erklären muß, oder sich jeden Tag bis zu einem bestimmten Endtermin erklären darf. In Frankreich drückt man die letzte Clausel mit den Worten aus: ou plutôt à volonté, woher im Deutschen der Ausdruck: „auf Verlangen früher", welcher ebenfalls nicht selten gebraucht wird, stammt. Vrgl. Bresson, Fonds publics S. 173 und 224 und Thöl l. c. In beiden Fällen hat der Prämiengeber sich gegen den Prämiennehmer zu erklären, ob er das Geschäft vollzogen wissen will, in dem einen Fall an dem festbestimmten (fixen) Tag, in dem andern Fall innerhalb der Fristen an einem beliebigen Tag. Für Prämiengeschäfte, welche an der Börse geschlossen sind, besteht die Uebung, daß sie an der Börse „gekündigt" werden, d. h. daß der Prämiengeber sich an der Börse erklärt, ob er beziehen, beziehungsweise liefern will, weßhalb der Prämiennehmer für verbunden erachtet wird, sich an der Börse treffen zu lassen, um die Erklärung des Prämiengebers entgegen zu nehmen. Es ist daher an den Börsen eine genaue Stunde bestimmt, zu welcher die Prämien gekündigt werden können, in Frankfurt z. B. um Ein Uhr, in Paris um Drei Uhr (Bender S. 443 in der Note), so daß mit dem Glockenschlag die Kündigungen beginnen, und binnen einer Viertel- oder halben Stunde, je nach der Börsen-Ordnung, geschehen sein müssen. An der Pariser Börse nennt man dieses: donner la réponse des primes. Hat der Prämiengeber an dem bestimmten Tag oder innerhalb der bestimmten Frist nicht gekündigt, so gilt die Prämie für verfallen, indem angenommen wird, er habe auf das Geschäft verzichtet. Hat er dagegen gekündigt, so ist der Prämiennehmer zum Vollzug verbunden, welcher an dem nemlichen Tag zu geschehen hat; der Prämiengeber kann ebenfalls nicht mehr zurücktreten, denn er hat das Wahlrecht, wofür er die Prämie gegeben, ausgeübt, er muß nunmehr vollziehen; es geht durch die Kündigung das Prämiengeschäft

in einen festen Kauf über. Die Kündigung hat demnach die wichtigsten Folgen, und es wäre darum anzunehmen, daß man sich Beweis darüber, daß sie geschehen, zu verschaffen suchen müsse. Gleichwohl ist dies nicht der Fall, die Kündigungen geschehen mündlich auf Treu und Glauben, auch sind die Streitigkeiten darüber, ob sie geschehen, sehr selten.

Läßt sich aber der Prämiennehmer nicht an der Börse finden, dann allerdings hat der Prämiengeber Ursache, jede Vorsicht zu gebrauchen, weil in dem Wegbleiben von der Börse schon ein Anzeichen dafür liegt, daß der Betreffende sich seinen Verbindlichkeiten entziehen will. In diesem Fall pflegt man einen Notar mit der Kündigung zu beauftragen; diese Vorsicht dürfte überhaupt in allen Fällen gerathen sein, wo man Ursache hat, an der Redlichkeit des andern Theils zu zweifeln; sonst kann auch die Kündigung brieflich geschehen, wobei man natürlich dafür Sorge tragen muß, daß der Brief zur rechten Zeit, d. h. vor Ablauf des letzten Tages der Frist, in die Hände des anderen Contrahenten gelangt. Ist einmal gekündigt, so verwandelt sich das Geschäft in einen festen Kauf, auf welchen die für diesen Vertrag geltenden allgemeinen Rechtsgrundsätze anwendbar sind.

Die schon mehrmals angeführten Schriftsteller handeln noch von dem Zweiprämiengeschäft, s. Thöl §. 94, worunter aber nur zwei Prämiengeschäfte verstanden werden, welche eine und die nemliche Person mit zwei verschiedenen Personen abschließt. Beide Geschäfte bestehen selbstständig, und haben keinen andern Zusammenhang, als daß eine und die nemliche Person in beiden entweder Prämiengeber oder Prämiennehmer ist. Von dem juristischen Standpunkt ist in Bezug auf diese Combination nichts weiter zu bemerken, als daß auf beide Geschäfte alle die Grundsätze, welche von Prämiengeschäften überhaupt gelten, anwendbar sind.

Vom Standpunkte der Spekulation dient diese Combination dazu, um sich sowohl bei dem Fallen wie bei dem Steigen der Course sicher zu stellen, z. B. es gibt Jemand eine Prämie, um von A. beziehen zu können, und eine zweite Prämie, damit B. von ihm beziehe. Steigen die Course, so läßt er sich von A. liefern; fallen dagegen die Course, so liefert er an B. Im ersten Augenblick erscheint diese Combination untrüglich; betrachtet man sie aber genauer, so wird man sich überzeugen, daß der Gewinn oft nur scheinbar und durch die doppelte Prämie ganz oder zum Theil aufgewogen wird. Hat man z. B. zwei Prämien von je 1 pCt. ausgegeben, so müssen die betreffenden Papiere schon mehr als 2 pCt. steigen oder fallen, damit man einen Gewinn hat; steigen oder fallen sie nur 1 pCt., so hat man zwar diesen Gewinn von 1 pCt., da man aber 2 pCt. an Prämie ausgegeben hat, so bleibt ein Verlust von 1 pCt. Bleibt der Cours unverändert, was freilich ein seltener Fall ist, so verliert man zwei Prämien. Steigt oder fällt dagegen der Cours um mehr, als die doppelte Prämie beträgt, so gewinnt der Spekulant; andernfalls verliert er; aber sein Verlust kann nie eine bestimmte Grenze, nemlich den Betrag der doppelten Prämie übersteigen. Was demnach bei dem einfachen Prämiengeschäft für die Eine Richtung, nemlich für das Steigen oder für das Fallen gilt, das ist bei dem Zweiprämiengeschäft auf beide Richtungen anwendbar. Sehr viel Aehnlichkeit mit dem Zweiprämiengeschäft hat

3. das Stellgeschäft.

Es wird darunter ein Vertrag verstanden, mittels dessen Jemand sich verbindlich macht, dem andern Contrahenten nach dessen Wahl eine gewisse Anzahl Papiere entweder zu einem bestimmten Preis zu liefern oder zu einem ebenfalls bestimmten Preis von ihm zu beziehen, wogegen der andere Contrahent sich verbindlich macht, innerhalb bestimmter Zeit eine Wahl darüber, ob er zu dem einen Preis beziehen, oder zu dem andern Preis liefern wolle, zu treffen. Hat er innerhalb der festgesetzten Zeit die Wahl getroffen, so geht dieser Vertrag, wie das Prämiengeschäft, in einen festen Kauf resp. Verkauf über. Bender §. 84. Thöl §. 96. Derjenige, welcher die Wahl hat, heißt „Wähler" der andere „Steller." Die Wahl, welche dem einen Theil eingeräumt ist, wird compensirt durch den höhern Preis, zu welchem er beziehen, und durch den niedrigern Preis, zu welchem er liefern muß. Der Eine findet seinen Vortheil in dem ihm zugestandenen Wahlrecht, der Andere in dem Preis. Man stellt die Papiere zu einem, zwei oder drei Procent, d. h. der Steller bedingt sich, daß der Wähler, wofern er die Papiere beziehen will, so viel Procente über dem Tages-Cours zahle, wofern er aber liefern will, ebensoviel Procente unter dem Tages-Cours erhalte.

Wäre z. B. der Tages-Cours des österreichischen National-Anlehens 78 pCt. und stellt Jemand diese Papiere einem Andern zu 2 pCt., so darf der Wähler sie zu 80 pCt. beziehen oder zu 76 pCt. liefern. Für Eines von beiden

muß er sich innerhalb der Frist, über welche die Contrahenten überein gekommen sind, erklären; hierin unterscheidet sich das Stellgeschäft von dem Zweiprämiengeschäft, indem bei diesem der Prämiengeber unter Zurücklassung der Prämie von dem Geschäft ganz abgehen kann, während der Wähler bei dem Stellgeschäft für die Lieferung oder für den Bezug sich entscheiden muß. Unterläßt er dies an dem festgesetzten Tag oder innerhalb der festgesetzten Zeit, so ist er nach dem Grundsatz: dies interpellat pro homine in Verzug, und kann von dem Andern auf Erfüllung, resp. Entschädigung wegen Nichterfüllung belangt werden. Zu diesem Zweck darf nunmehr der Steller eine Wahl treffen, ob er nemlich liefern oder beziehen wolle? Bender l. c. S. 409—412.

Nach dieser Auseinandersetzung wird man wohl schon eingesehen haben, daß sich bei diesem wie bei dem Zweiprämiengeschäft die Spekulation des Einen (des Stellers) innerhalb des gestellten Preises, die Spekulation des Andern (des Wählers) aber außerhalb des gestellten Preises bewegt, d. h. daß der Steller gewinnt, so lange die Course sich innerhalb der Grenzen der gestellten Preise halten, der Wähler dagegen, wenn die Course diese Grenzen überschreiten, z. B. wenn in dem oben angeführten Beispiel das österreichische National-Anlehen über 80 pCt steigt, so kann der Wähler die Lieferung zu 80 pCt. verlangen, er gewinnt daher so viel als der Cours über diesem Preis steht. Ist dagegen der Cours unter 76 gefallen, so verlangt der Wähler, daß der Steller zu 76 beziehe, er gewinnt mithin so viel, als er sich die Papiere unter diesem Preis verschaffen kann. Wenn aber die Course sich innerhalb der gezogenen Grenzen bewegen, so verliert er; stehen sie z. B. 79, so kann er die Papiere beziehen, aber da er 80 pCt. zahlen muß, so verliert er 1 pCt. Hieraus geht hervor, daß von den Contrahenten der Eine daraufhin spekulirt, daß die Course großen, der Andere, daß sie nur unbedeutenden Schwankungen unterliegen werden. Gleichwohl kann man nicht behaupten, daß in diesem Geschäft ein Spiel oder eine Wette enthalten sei. Denn Spiel und Wette erfordern beide einen Einsatz, den Einer gewinnt und der Andere verliert. Bei dem Stellgeschäft fehlt es überhaupt an einem Einsatz; man könnte freilich sagen, diejenige Summe, welche bei der Abrechnung der eine Contrahent an den andern zahlen müsse, sei der Einsatz, den der Eine gewinne, der Andere verliere. Zur Rechtfertigung einer solchen Ansicht müßte man unterstellen, die beiden Contrahenten wetten gegen einander, der Steller, daß die Course während einer bestimmten Zeit sich innerhalb gewisser Grenzen, sei es auf- oder abwärts halten, der Wähler, daß sie diese Grenzen überschreiten werden; als Einsatz müßte man diejenige Summe betrachten, um welche der Cours entweder die gesetzten Grenzen überschreitet, oder von diesen Grenzen zurückbleibt. Jedermann wird aber zugeben, daß diese Erklärung des Geschäfts eine sehr gesuchte ist.

Die Partieen sind über Lieferung gewisser Papiere, sowie über den Preis, zu welchem diese geschehen soll, übereingekommen, nur ist es der Wahl der Einen anheimgestellt, ob sie zu dem einen Preis liefern, oder zu dem andern beziehen wolle. Sowie diese Wahl getroffen ist, liegt ein einfacher Kauf vor, der wie jeder Kauf mittels Uebergabe des Kaufobjekts und Zahlung des Kaufpreises vollzogen wird.

Es kann hiebei allerdings vorkommen, daß die Partieen statt dieses Vollzugs eine Abrechnung über die Differenz, welche Einer dem Andern herauszuzahlen hat, vornehmen; hier aber findet ein neues Uebereinkommen statt, vermöge dessen von dem Vollzug des Kaufs Umgang genommen wird. Ohne dieses neue Uebereinkommen muß der Kauf, sowie er zu Stande gekommen ist, vollzogen werden. Die Differenz-Berechnung kann nicht von Einem Theil ohne Einwilligung des Andern, statt des Vollzugs, begehrt werden; vielmehr ist jeder Contrahent befugt, die Vollziehung in Gemäßheit des Abschlusses des Geschäfts zu verlangen. Auch ist es eine ganz irrige Voraussetzung, daß an den Börsen die Geschäfte gewöhnlich mittels Berechnung der Differenz abgewickelt werden; vielmehr werden die abgeschlossenen Geschäfte in der Regel mittels Lieferung der Papiere und Zahlung des bedungenen Preises effektuirt, woher es auch kommt, daß, wenn im Laufe eines Monats viele Papiere per ultimo ohne Deckung verkauft worden sind, die Course an diesem Tag gewöhnlich steigen, indem die „Contremine sich decken muß", d. h. die Verkäufer genöthigt sind, die betreffenden Papiere anzukaufen, um ihrer Verpflichtung zur Ablieferung genügen zu können. Sind umgekehrt im Lauf des Monats viele Papiere per ultimo gekauft worden, so macht man die entgegengesetzte Wahrnehmung; die Spekulanten müssen viele Papiere beziehen, es fehlt ihnen an Geld, sie sind daher genöthigt, zu verkaufen, und die Course fallen. Beide Erscheinungen haben ihren Grund lediglich darin, daß die Börsengeschäfte in der

Regel so, wie sie abgeschlossen sind, vollzogen werden, und daß eine Differenz-Berechnung nur da eintritt, wo beide Theile sich hierüber mittels eines neuen Uebereinkommens verständigen.

Den Gerichten kommen dagegen seltener Klagen auf Vollzug des Geschäfts, häufiger aber Klagen auf Zahlung einer Differenz vor, was seinen natürlichen Grund darin hat, daß eine gerichtliche Klage nur dann angestellt wird, wenn der Eine Theil den Vollzug des Geschäfts verweigert. Wie ist nun möglich, den Vollzug vorzunehmen, wenn auch nur Eine der Partieen nicht will? Die andere Partie könnte allerdings bei Gericht den Vollzug beantragen. Da aber der Prozeß nicht innerhalb 24 Stunden entschieden ist, sondern Monate oder Jahre dauert, so würde der Kläger hierdurch sich selbst in die nachtheilige Lage bringen, alle vortheilhaften Momente während des ganzen Laufs des Prozesses unbenützt vorüber gehen lassen zu müssen, dem Beklagten dagegen gestatten, diese zu benützen; z. B. ich verkaufe heute Verbacher Aktien zu 142 per Ende dieses Monats. Verweigert der Käufer den Vollzug, und klage ich darauf, so kann ich während des Prozesses nicht über die Aktien verfügen, ich muß sie, wiewohl ich den Kaufpreis entbehre, stets zur Verfügung des Beklagten halten. Ich entbehre daher Waare und Preis; der Beklagte, der nicht bezahlt hat, spekulirt auf meine Kosten, so lang der Prozeß dauert; er kann den ersten Moment, da diese Aktien über 142 steigen, benützen, sich zum Bezug erklären und den Gewinn einstecken. Hieraus erklärt sich, warum nicht leicht Jemand die Klage auf Erfüllung wählt, vielmehr die Klage auf Entschädigung, trotz der Ungunst, welcher diese bei den Gerichten begegnet, vorzieht; und daher mag es andererseits kommen, daß die Gerichte, bei welchen in den seltensten Fällen die Erfüllung begehrt wird, zu der Ansicht verleitet werden, als sei diese ursprünglich gar nicht in der Absicht der Parteien gelegen.

Dr. Ladenburg.

II.

Von der Verwaltung des Gemeinschaftsvermögens und der der eigenen Güter.

(Marcadé ad Art. 1421.)

I. Von der Verwaltung des Gemeinschaftsvermögens.

§. 1.

Die Verwaltung der Gemeinschaftsgüter ist ganz natürlich dem Manne anvertraut, welcher in dieser Hinsicht Befugnisse von ganz anderer Ausdehnung hat, als die eines gewöhnlichen Verwalters, Befugnisse die beinahe mit denen eines ausschließlichen Eigenthümers identisch sind. Das ist der Sinn des Ausdrucks: der Ehemann ist Verwalter cum libera potestate, oder kürzer: er ist Verwalter cum libera.

Kraft seiner Rechte als Haupt der Gemeinschaft darf er nicht allein Bestandverträge von langer Dauer, Compromisse, Vergleiche schließen; sondern er darf auch die Liegenschaften verpfänden, sie mit Dienstbarkeiten belasten, ja sogar sie veräußern. Jedoch geht sein Veräußerungsrecht in der Regel nur bis zu den unentgeldlichen Veräußerungen (hierin und in dem Rechte der Frau im Falle verderblicher Verwaltung die Auflösung der Gemeinschaft zu erwirken, liegt der Unterschied zwischen den Befugnissen eines Ehemannes und denen eines Eigenthümers). Der Mann kann, in der Regel und abgesehen von den zwei folgenden Ausnahmen, weder allein, noch, was auch in dieser Beziehung gesagt werden mag, in der Weise die Gemeinschaftsgüter gültig unter Lebenden verschenken, daß er sich die Erlaubniß seiner Frau oder deren Mitwirkung verschafft, indem diese zugleich mit ihm schenkt.

§. 2.

In zwei Fällen tritt dieses Schenkungsverbot nicht ein. Der erste ist die Niederlassung eines gemeinschaftlichen Kindes durch Verheirathung oder sonst wie; und der Mann kann zu diesem Zwecke dem Kinde eine universelle Schenkung mit der Gesammtheit der Güter, die gegenwärtig die Gemeinschaftsmasse bilden, machen. Wir sagen Güter die g e g e n w ä r t i g die Gemeinschaftsmasse bilden; denn was die Schenkung künftiger Güter, die vertragsweise Erbeinsetzung anbelangt, so geschieht diese nur für den Augenblick des Ablebens des Verfügenden und auf einen Zeitpunkt hin, von wo an keine Gemeinschaft mehr besteht, kann somit nicht in den Befugnissen

des Verwalters dieser Gemeinschaft liegen und fällt dem gemeinen Rechte anheim, so gut wie das Vermächtniß, von dem wir bald sprechen werden. Der zweite Fall ist der, wo der Ehemann nur Fahrnisse titulo particulari verschenkt. Eine derartige Schenkung ist ihm unter der, um diese Freigebigkeiten weniger häufig zu machen gegebenen, Bedingung gestattet, daß er sich die Nutznießung der geschenkten Sachen nicht vorbehalte. Die Schenkung kann im zweiten Falle zu Gunsten eines Jeden gemacht werden, jedoch mit Vorbehalt der Vergütung wenn der Ehemann mittelst dieser Schenkung eine ihm persönliche Schuld tilgt.

Außer diesen zwei Fällen ist die Schenkung gemeinschaftlicher Güter nichtig. Die Nichtigkeit ist hier aber keine absolute; sie ist nur der Frau gegenüber und in deren Interesse vorhanden, wenn sie nach der Auflösung sich der Gemeinschaft theilhaftig macht. Folglich ist sie während der Dauer der Gemeinschaft vollziehbar; und wenn nach der Aufhebung die Frau auf die Gemeinschaft verzichtet, so kommt der Mann dadurch, daß in Folge dieses Verzichtes die Gemeinschaftsgüter seine eigenen werden, in die Lage, daß er nur über seine Sache verfügt hat, die Schenkung also gültig bleibt. Macht sich die Frau theilhaftig, so werden die gemeinschaftlichen Güter gerade so getheilt, als ob gar keine Schenkung vorgekommen wäre und die Frau nimmt dem Beschenkten die Güter weg, die in ihr Loos fallen, wenn sie sich noch in dessen Händen befinden; da aber das Rechtsgeschäft, als nur der Frau gegenüber nichtig, zwischen dem Ehemanne und dem Geschenknehmer wirksam bleibt, so hat dieser das Recht, von den Gütern des Ehemannes den Ersatz dessen zu nehmen, was er der Frau zurückgibt.

§. 3.

Das Vermächtniß und die vertragsweise Erbeinsetzung sind Rechtshandlungen, wodurch deren Urheber nur für die Zeit verfügt, wo er nicht mehr am Leben ist, für die Zeit, von wo an die Gemeinschaft der Ehegatten aufgehört haben wird, mithin sind die Befugnisse, die dem Haupte der Gemeinschaft bezüglich der Schenkungen unter Lebenden gegeben sind, für die Ehegatten nicht vorhanden, und der Mann könnte nicht einmal wegen der Niederlassung des gemeinschaftlichen Kindes auf diesem Wege über die Gesammtmasse der Gütergemeinschaft verfügen. Der Ehemann tritt hier (abgesehen von einer letzten Vergünstigung, die wir gleich angeben werden) unter die Herrschaft des gemeinen Rechts zurück, und die Verfügung ist, wie andrer Seits die der Frau, nur bezüglich der Güter gültig, welche ihm in der Theilung (oder in Folge des Verzichts der Frau) zufallen. Jedoch genießt er hier noch eines Vortheils, welchen man weder nach dem Wortlaute noch den Motiven des Gesetzes auf die Frau ausdehnen darf: während die Verfügung dieser Letzteren in Allem, was nicht in ihr Loos fiele, absolut nichtig wäre, würde die Verfügung des Mannes aus diesem Grunde nur der Frau gegenüber nichtig sein, und der Beschenkte könnte von den andern Gütern des Ehemannes das Aequivalent des Theils der Gemeinschaftsgüter nehmen, welchen ihm die Frau entzieht.

II. Von der Verwaltung des Eigenguts.

§. 4.

Als freier Verwalter der Gemeinschaftsgüter behält der Mann natürlich und aus noch stärkeren Gründen sowohl die Verwaltung als das freie Verfügungsrecht über seine persönlichen Güter. Noch mehr, das Gesetz vertraut ihm die Verwaltung der Güter der Frau an; blos genießt er in dieser Hinsicht nur der Rechte eines gewöhnlichen Verwalters. Hiernach kann der Mann im Namen der Frau alle fahrenden Klagen und, bezüglich der Liegenschaften, diejenigen anstellen, welche nur den Besitz betreffen; mit den petitoeischen Immobiliarklagen kann er aber nicht auftreten.*) Würde sich übrigens der Mann weigern, eine fahrende oder Besitzklage anzustellen, so müßte man natürlich der Frau das Recht zuerkennen, sie selbst mit gerichtlicher Ermächtigung anzustellen.

Obgleich aber der Mann alle fahrenden Klagen der Frau einführen kann, so könnte er doch die eigenen Fahrnisse dieser Frau, sowenig wie deren Liegenschaften, veräußern;**) denn in dem Rechte, eine Klage anzustellen, ist nicht auch das enthalten, über den Gegenstand dieser Klage zu verfügen, und wirklich versagt auch das Gesetz dem Manne das Recht, zur Theilung einer der Frau anerfallenen Erbschaft zu schreiten, sowohl was Fahrnisse, als was Liegenschaften anbelangt.

Uebrigens kann die Frau selbst bei Liegenschaften nur

*) Als Verwalter der Gemeinschaft kann er es allerdings bezüglich der Nutznießung, welche dieser Gemeinschaft an den Liegenschaften zusteht.

**) Es ist hier übrigens nur von eigenen Fahrnissen im strengsten Sinne die Rede, weil die, welche uneigentlich so genannt werden, im Grund genommen nur Gemeinschaftsgüter sind, worüber der Mann somit als Haupt der Gemeinschaft verfügen kann.

dann das ganze, ihr eigene und vom Manne unerlaubter Weise veräußerte Gut zurückverlangen, wenn sie sich der Gemeinschaft entschlägt; denn macht sie sich theilhaftig, so unterwirft sie sich durch diese freiwillige Theilnahme der Nothwendigkeit, für ihre Hälfte die Gewährleistungsschuld zu decken, welche durch die Handlung des Mannes auf die Gemeinschaft gekommen ist, mithin wird die Rückforderung bezüglich der Hälfte der Liegenschaft für sie unmöglich nach der Regel quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.

§. 5.

Als Verwalter der Güter seiner Frau ist der Mann für jeden Abgang verantwortlich, der von unterlassener Erhaltungsvorsorge herrührt, und hier steht die Vornahme der Hauptausbesserung und die Unterbrechung der Verjährungen oben an. Wir sprechen nur von den Hauptausbesserungen, weil die Ausbesserungen zur Unterhaltung von dem Manne, nicht als Verwalter der Güter der Frau, sondern in seiner Eigenschaft als Haupt der Gemeinschaft, der Nutznießerin dieser Güter, vorgenommen werden. Was die Verjährungen betrifft, so erklärt das Gesetz den Mann für verantwortlich, ohne mit denen eine Ausnahme zu machen, die vor der Ehe zu laufen angefangen haben, und darin liegt nichts Unbilliges, weil die petitorischen Klagen, mit denen derselbe, was die Nutznießung anbelangt, auftreten kann, zu deren Unterbrechung hinreichen.

Da übrigens die Entschädigungen, welche der Mann wegen unterlassener Erhaltungsvorsorge schuldig wird, eine Gemeinschaftsschuld sind, so kann die Frau, welche sich dieser Gemeinschaftsschuld theilhaftig macht, begreiflicher Weise davon dem Mann oder dessen Rechtsfolgern gegenüber nur die Hälfte ansprechen.

§. 6.

Die Eigenschaft eines Verwalters der Güter der Frau, sowie die eines Oberhauptes der Gemeinschaft, der Nutznießerin dieser Güter, geben dem Manne das Recht, Bestandverträge darüber abzuschließen; damit aber die Frau oder deren Erben nicht auf zu lange Zeit nach der Auflösung dadurch gebunden werden, konnte man dem Manne nicht gestatten, diesen Beständen eine zu lange Dauer zu geben oder sie zu lange voraus zu erneuern. Ordnungsmäßig darf der Bestand nicht auf länger als neun Jahre geschlossen, und bei Häusern höchstens zwei Jahre, bei Landgütern drei Jahre vor dessen Ablauf erneuert werden. Der Bestand auf länger als neun Jahre bleibt ungültig, wenn er bei der Auflösung der Gemeinschaft noch nicht begonnen hat; ist er zu dieser Zeit schon im Laufe, so theilt man ihn in Perioden von je neun Jahren (nur die letzte kann kürzer sein) und die Frau ist nur für die Zeit gebunden, welche von der laufenden Periode noch übrig ist. Der Bestand, der zwei, beziehungsweise drei Jahre zum Voraus eingegangen worden, ist gleichfalls ungültig, wenn die Gemeinschaft sich vor dessen Beginn auflöst.

Da die Nichtigkeit in diesen beiden Fällen nur im Interesse der Frau gegeben ist, so kann sie offenbar nicht von dem Beständer geltend gemacht werden, und dieser bleibt immer verbunden, den Bestand auszuhalten, wenn es die Frau oder deren Erben verlangen. Ebenso einleuchtend ist es, daß der Bestandvertrag, wenn er anstatt vom Mann allein, von beiden Ehegatten geschlossen worden ist, immer gültig ist, so lange auch seine Dauer und zu welcher Zeit er auch geschlossen worden sein mag.

Von selbst versteht es sich endlich, daß der Beständer, wenn die Nichtigkeit geltend gemacht wird und er vom Manne hintergangen worden ist, ein Recht auf Entschädigung hat, die dieser leisten muß, woran aber die Frau im Falle der Annahme, vorbehaltlich ihres Rückgriffs, die Hälfte zu erleiden hat.

Adrian Pfaff.

III.

Ueber das Rechtsverhältniß und die Wirkung eines dem rechtskräftigen Ganturtheil widersprechenden Vertheilungsbescheides. §. 901 Pr.O.

In der Gant des Mäthä Thoma von Schwarzhalden wurde dem Eduard von Schilling eine Forderung von 714 fl. 16 kr. nebst Zinsen zuerkannt, mit dem Vorzugsrecht des Verkäufers, im Range vom 11. November 1840 und haftend auf Liegenschaften in Schönenbacher Gemarkung.

Das Ganturtheil wurde rechtskräftig und der hierauf gefertigte Vertheilungsbescheid wich von dem Inhalte des Ganturtheils in so weit ab, als er den Eduard von Schilling behufs seiner Befriedigung nicht ausschließlich an die Käufer der mit seinem Vorzugsrechte behafteten Liegenschaften auf Schönenbacher Gemarkung verwies, son-

dern zum größten Theile an einen solchen Masseschuldner, welcher Liegenschaften des Cridars, die auf der Gemarkung Schwarzhalden liegen, gekauft hatte. Gegen den so beschaffenen Vertheilungsbescheid wurden von keiner Seite Erinnerungen vorgebracht, so daß derselbe mit diesem seinem vom Ganturtheile abweichenden Inhalte rechtskräftig wurde.

Als dieser letzterwähnte Masseschuldner, Johann Schäfer, in Gant gerieth, verlangte nicht nur Eduard v. Schilling mit seiner Forderung in dritte Ordnung mit Vorzugsrecht im Range vom 11. November 1840 locirt und aus dem Erlöse der auf Schwarzhalder Gemarkung befindlichen Liegenschaften befriedigt zu werden, sondern auch andere ehemalige Gläubiger des Mathä Thoma, die gleichfalls an den jetzigen Cridar, als Käufer Thoma'scher Liegenschaften, mit Forderungen und Vorrechten verwiesen wurden, erhoben gleiche Ansprüche auf Befriedigung aus demselben Erlöse und machten dem Eduard v. Schilling den Vorrang vor ihnen, und insbesondere das auf Liegenschaften der Schwarzhalder Gemarkung in Anspruch genommene Vorzugsrecht vom 11. November 1840 streitig. Ihr Grund war, weil dasselbe nur auf den ursprünglich verkauften auf der Gemarkung Schönenbach befindlichen Liegenschaften hafte, und durch den erwähnten Vertheilungsbescheid nicht habe auf andere von demselben gesetzlich nicht ergriffene Liegenschaften auf Schwarzhalder Gemarkung übertragen werden können.

Der Unterrichter hat im Sinne dieser letzteren Gläubiger und zum Nachtheil des Eduard von Schilling entschieden.

Vom Hofgericht des Seekreises wurde das untergerichtliche Urtheil abgeändert und dem Begehren des Appellanten v. Schilling entsprochen. In den Entscheidungsgründen ist gesagt:

Es ist zwar richtig, daß das Ganturtheil es ist, welches über alle Ansprüche an die Gantmasse, also über die gegen sie erhobenen Forderungen und die Vorzugs- und Unterpfandsrechte zu entscheiden hat. Der Vertheilungsbescheid dagegen ist nur bestimmt, die Art und Weise festzusetzen, wie die im Ganturtheile rechtskräftig fixirten Forderungsrechte zur Befriedigung gelangen sollen. Der Vertheilungsbescheid hat daher namentlich über keine Vorrechte zu entscheiden, überhaupt keinerlei Rechte zu erkennen, welche nicht schon das Ganturtheil zugesprochen hat; auch soll er am Rechtsstande eines Gantgläubigers, wie er im Ganturtheile festgesetzt wurde, nichts ändern.

Wenn jedoch dessenungeachtet aus Versehen oder aus einem andern Grunde im Vertheilungsbescheide eine solche Abänderung des Ganturtheils enthalten wäre, so hat der Gantgläubiger, zu dessen Nachtheil die Abänderung lautet, sofort seine Erinnerungen dagegen vorzubringen. Thut er es nicht, so wird der Vertheilungsbescheid, wie er beschlossen ist, also auch mit allen jenen Theilen, welche dem rechtskräftigen Ganturtheile nicht gemäß sind, selbst rechtskräftig und somit unabänderlich. Und hiernach kann es geschehen, daß der eine Gläubiger, welchem im Ganturtheile ein Recht zuerkannt wurde, es deßhalb verliert, weil es im Vertheilungsbescheide übergangen ist; sowie daß ein anderer Gläubiger, dem nach dem Ganturtheile eine ungünstigere Stelle angewiesen wurde, durch den Vertheilungsbescheid, gegen den keine Erinnerungen vorgebracht wurden, eine günstigere Stellung erwirbt. Also auch durch den Vertheilungsbescheid kann man Rechte erwerben, beziehungsweise verlieren, die im Ganturtheile rechtskräftig verworfen, beziehungsweise zuerkannt waren, weil auch der Vertheilungsbescheid der Rechtskraft empfänglich ist, dadurch unabänderlich wird und daher formelles Recht gewährt.

Das rechtskräftige Ganturtheil und der rechtskräftige Vertheilungsbescheid verhalten sich zu einander, wie zwei in derselben Sache ergangene sich widersprechende rechtskräftige Urtheile, wovon natürlich das jüngere dem älteren abgeänderten vorgeht, und dasselbe, soweit es ihm widerspricht, geradezu aufhebt. Die Wirkung des jüngeren Urtheils ist daher: Veränderung der früher (durch das Ganturtheil) normirten, und Schaffung neuer Rechtsverhältnisse.

Der rechtskräftige Vertheilungsbescheid ist es aber, welcher den Appellanten zum Nachtheile der Appellaten auf den Erlös der gantschuldnerischen Liegenschaften auf Schwarzhalder Gemarkung verwiesen hat; und zwar soll darnach dessen Befriedigung, in Gemäßheit des dem Appellanten zustehenden Vorzugsrechts, im Range vom 11. November 1840, aus dem besagten Erlöse vor den Appellaten geschehen, weil diesen nur jüngere Vorrechte zur Seite stehen. Diese rechtskräftige Entscheidung hat aber diese Frage für immer festgestellt, die Entscheidung muß daher auch in gegenwärtigem Gantverfahren aufrecht erhalten werden.

Appellatischer Seits wird zwar eingewendet, daß je-

denfalls die Wahrung dieses dem Appellanten durch den Vertheilungsbescheid erworbenen Vorrechts durch Eintragung in das Pfandbuch der Gemeinde Schwarzhalden nicht geschehen sei. Allein dagegen spricht, daß es sich vor Allem um kein durch den Vertheilungsbescheid als durch richterliches Urtheil, erworbenes richterliches Unterpfandsrecht handelt; jener Bescheid hat vielmehr nur ausgesprochen, daß dem Appellanten ein schon vorher zugestandenes Vorzugsrecht richterlich anerkannt werde. Sodann aber erging dieser Ausspruch gerade gegenüber den jetzigen Appellaten, die auch in der Thoma'schen Gant ihre in der gegenwärtigen Gant wieder geltend gemachten Ansprüche liquidirt hatten. Sie sind mithin keine Dritte, welche durch die Rechtskraft jenes Vertheilungsbescheids nicht berührt werden können, denn gerade ihnen gegenüber gilt und hat der Vertheilungsbescheid allein die nachtheilige Wirkung; sie, denen der Bescheid eröffnet wurde, sind diejenigen, welche dadurch materiell verletzt worden sind, und denen daher in jener Gant die Erinnerungen dagegen und die Appellation zugestanden hätten; sie können mithin den Mangel des Eintrags nicht vorschützen, sie müssen vielmehr die Rechtskraft jenes Bescheids gegen sich gelten lassen.

Dieses anerkennt auch der §. 901 der Pr.O., indem hiernach die nach dem Vertheilungsbescheid erfolgte Anweisung der einzelnen Gläubiger auf Theile des Massevermögens von keinem andern Gläubiger mehr angefochten werden kann.

Das großh. Oberhofgericht bestätigte am 16. Oktober 1856 das hofgerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen:

Die in der Beschwerdeschrift zweiter Instanz einzeln genannten neun Liegenschaften auf Schwarzhalder Gemarkung, welche nunmehr zur Gantmasse des Johann Schäfer gehören, und aus welcher die Streitenden befriedigt sein wollen, hat Johann Schäfer aus der Gantmasse des M. Thoma an sich gesteigert, und der durch diese Versteigerung erlöste Kaufpreis nebst dem gesetzlich damit verknüpften Vorzugsrecht ist Gegenstand der Liquidation des Oberappellaten von Schilling.

Dieser Liquidant hat sich also zunächst darüber auszuweisen, daß er zur Einklagung des Kaufschillings legitimirt, d. h. daß diese Forderung der Thoma'schen Gantmasse durch den Thoma'schen Vertheilungsbescheid auf ihn und zwar vor allen andern Thoma'schen Gläubigern übertragen worden sei. Dieser Beweis ist vollständig geführt durch die Berufung auf jenen Vertheilungsbescheid, indem nach Inhalt desselben Freiherr von Schilling auf diesen Kaufpreis mit dem Range vom 11. November 1840, d. h. als der erstberechtigte Gläubiger verwiesen worden ist.

Soweit nun die Oberappellanten (mit Ausnahme des Joseph Tröndle), welche ebenfalls Gläubiger des M. Thoma waren, diese Verweisung zwar als geschehen zugeben, dagegen aber behaupten, daß Freiherr von Schilling gar keinen rechtlichen Anspruch auf die Einweisung in den Erlös der Güter auf Schwarzhalder Gemarkung gehabt habe, daß vielmehr ihnen (den 5 Oberappellanten) ein besseres Recht darauf zustehe, — kann dieser Einwand in der Schäferschen Gant schon gar nicht ausgetragen werden, sondern diese Gläubiger mußten, um damit gehört zu werden, durch die geeigneten Rechtsmittel den Vertheilungsbescheid in der Thoma'schen Gantsache anzufechten suchen. In der Schäfer'schen Gant genügt es, um die Sachlegitimation des Freiherrn von Schilling anzuerkennen, daß der Thoma'sche Vertheilungsbescheid in formeller Ordnung vorliegt, und den Liquidanten von Schilling in den Kaufschilling eingewiesen hat, und daß dieses der Fall sei, wurde schon in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen gezeigt.

Gegenüber dem Joseph Tröndle handelt es sich aber um eine ganz andere Frage. Diesem hat Schäfer ein Unterpfandsrecht bewilligt, welches nach der Erklärung des Anwalts in II. Instanz mit dem Vorzugsrecht, worauf von Schilling verwiesen ist, nicht kollidirt, während Tröndle in III. Instanz demongeachtet als Oberappellant mit der Bitte aufgetreten ist, den amtlichen Bescheid wieder herzustellen.

Diesem Gesuche kann nun nicht willfahrt werden, es mag eine Collision vorhanden sein oder nicht. Im letzteren Fall war Tröndle zu diesem Begehren gar nicht berechtigt, im ersteren erscheint es als unbegründet, indem Tröndle mit seinem Unterpfandsrechte diesem Vorzugsrechte offenbar nachstehen muß, theils weil das Vorzugsrecht dem Pfandrecht überhaupt vorgeht, theils weil das Unterpfandsrecht des Tröndle jünger ist, als das Vorzugsrecht, welches durch die Versteigerung der fraglichen Liegenschaft in der Thoma'schen Gant und durch den Ankauf von Schäfer entstanden ist. Sollte sich der Einwand, daß das Vorzugsrecht nicht durch den Eintrag des Versteigerungsakts in das Grundbuch ordnungsmäßig gewährt sei, etwa auf die in der Thoma'schen Gant erfolgte Versteigerung beziehen, — in welchem Falle jener Einwand allein einen Sinn hätte — so würde Tröndle damit zugleich sein eigenes Unterpfandsrecht zerstören, weil dieses, sofern es dieselben Liegenschaften, auf deren Erlös der Anspruch des Freiherrn von Schilling gerichtet ist, zum Gegenstande hat, nur unter Voraussetzung jenes Eintrags giltig konstituirt werden konnte, weßhalb ein solcher Einwand nicht zu beachten ist.

Hgr.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. **No. 51.**

I.

Rechtsfall.

1) Ueber den Begriff des Verbrechens der längeren Mißhandlung oder Peinigung. §. 229 St.G.B. Annalen XXII. No. 39.

2) Ueber den Begriff von Amtsverbrechen durch Verübung gemeiner Verbrechen im Amt (§. 703 St.G.B.), namentlich bezüglich eines Ehebruchs und einer Körperverletzung.

3) Gegen Bürgermeister findet keine stellvertretende Freiheitsstrafe im Sinne von §. 704 St.G.B. statt.

4) Bei Urtheilsfällung ohne vorausgegangene mündliche Schlußverhandlung hat der Angeschuldigte kein Recht auf Zulassung der Vertheidigung vor Fällung des Urtheils.

Der auszugsweisen Mittheilung der Entscheidungsgründe über diesen interessanten Fall schicke ich nur voraus, daß das mittelrheinische Hofgericht den Angeschuldigten Mildenberger zu geschärfter Arbeitshausstrafe von 1½ Jahren; das Oberhofgericht aber nur zu achtmonatlicher Kreisgefängnißstrafe und zur Dienstentlassung verurtheilte. Die Mitangeschuldigte, Ehefrau Braun, beruhigte sich bei der ihr vom Hofgerichte zuerkannten Kreisgefängnißstrafe von drei Monaten.

Entscheidungsgründe
zum hofgerichtlichen Urtheile vom 6. Februar 1856
No. 486.

J. U. S. gegen Mildenberger von Eichelberg
wegen Mißhandlung rc.

Im März v. J. stellte Maurer Joseph Anton Braun von Eichelberg bei dem zuständigen Untersuchungsgericht den Antrag, gegen seine Ehefrau Luise geborene Edler und gegen den, seines Dienstes einstweilen enthobenen Bürgermeister Franz Anton Mildenberger von da, eine Untersuchung einzuleiten und Beide zur gesetzlichen Strafe zu ziehen, weil sie schon mehrfach Ehebruch mit einander getrieben hätten; während des Laufs dieser Untersuchung sah sich das Gericht noch weiter veranlaßt, solche auch auf die von Bürgermeister Mildenberger schon im Februar v. J. angeblich verübte längere Mißhandlung des frühern Polizeidieners Schroff auszudehnen, und hat die vorgesetzte Dienstbehörde, die großh. Regierung des Mittelrheinkreises, gemäß §. 9 des Einf.-Ges. auf Grund der Anschuldigung, daß jene Vergehen mit Mißbrauch der Amtsgewalt oder unter einem dienstlichen Vorwande, beziehungsweise im Amte ausgeführt worden, die Stellung Mildenbergers vor Gericht angeordnet.

Was zunächst das Verfahren Mildenbergers gegen Schroff betrifft, so sind hier die Thatsachen durch die eidlichen Versicherungen des Verletzten selbst, sowie der Zeugen Polizeidiener Wormer, Franz Debold, Andreas Boppel und Rathschreiber Debold außer Zweifel gesetzt. Als nämlich Andreas Boppel und Georg Mildenberger am 11. Feb. v. J., Abends zwischen 6 u. 7 Uhr, den Schroff wegen eines Jagdfrevelverdachts verhaftet hatten, wobei letzterem ein Gewehr abgenommen worden sein soll, und vor den Bürgermeister führten, befahl dieser, ihn in den Schulhausarrest zu verbringen; vergeblich bat ihn der Gefangene, davon Umgang zu nehmen, da jener Ort wegen seiner ungesunden Beschaffenheit nachtheilig auf seinen schwachen Zustand und seine Kränklichkeit wirken müsse, und wurde noch, nachdem er jenen Beiden einigen Widerstand geleistet, davon jedoch auf Mildenbergers entschieden ausgesprochenen Willen, daß seine Anordnung vollzogen werde, wieder abgelassen hatte, von ihm selbst hinein gestoßen. Nach etwa einer halben Stunde

daraus befreit und nach Haus entlassen, erfolgte abermals ohne alle Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften seine Verhaftung, jedoch wurde er nur auf die Wachstube gebracht, woselbst er bis zum andern Morgen verwahrt wurde.

Inzwischen hatte sich der Bürgermeister von dem benachbarten Elsenz her durch den Boten Franz Debold ein Handeisen verschafft, das er dem Schroff selbst anlegte, obwohl sich dieser dagegen wiederholt sträubte, jenen unter Hinweisung auf seine Unschuld und seine Ungefährlichkeit sowie auf die Schädlichkeit für seinen Gesundheitszustand dringend bat, es zu unterlassen, und noch besonders auf die Unregelmäßigkeit der Anwendung dieser Fessel aufmerksam machte. Allein weder diese Bitten noch die ihnen entsprechenden Vorstellungen der Anwesenden vermochten es, den Bürgermeister von seiner offenen Absicht, gegen den Vorgeführten möglichst empfindlich einzuschreiten, abzubringen, vielmehr schraubte er nach gewaltthätig bewerkstelligter Lage der Arme das Handeisen ganz fest und regelwidrig an, und überlieferte ihn so bei starkem Schneefalle und einer Kälte von 2° an den drei Stunden entfernten Amtssitz, wo Schroff, wie auch Amtsdiener Laible bestätigt, einer Ohnmacht nahe, über heftige Schmerzen klagend und mit blau und roth unterlaufenen Furchen an beiden Handgelenken, ankam. — Nur aus der strengen Rechtlichkeit des Schroff während seiner Dienstführung als Polizeidiener läßt sich, wie gerichtskundig sein soll und noch weiter durch Gemeinderath Neuland und Rathschreiber Debold erläutert wird, die feindselige Gesinnung Mildenbergers gegen ihn erklären, weil er früher öfters von ihm wegen verschiedener unbedeutender Vergehen zur Anzeige gebracht worden war, und überdies sich durch die Wahrnehmungen Schroffs über seinen sittenlosen Lebenswandel endeckt sehen mochte, so daß sich sein voller Haß auf ihn richten mußte. Die Vorführung Schroffs am 11. Februar v. J. bot ihm deßhalb eine willkommene Gelegenheit, seine Rachsucht und Bosheit mit ausgedachter Grausamkeit an ihm auszuüben, wie auf das Bestimmteste aus der Art der Ausführung hervorgeht. Die dem Schroff damals zur Last gelegte Handlung soll in einem Jagdfrevelversuch bestanden haben und es war mindestens zweifelhaft, daß gerade er das aufgefundene Gewehr mit sich geführt hatte; war nun schon seine Verhaftung eine grobe Verletzung der Gesetze, so war die Art ihres Vollzugs eine mit der Stellung eines öffentlichen Dieners unvereinbare Leidenschaftlichkeit und der unzweideutige Ausfluß erbitterter Bosheit, da jenes Gefängniß im Schulhaus wegen seiner schlechten, insbesondere feuchten Beschaffenheit und folgeweise Gefährlichkeit für die Gesundheit der dort Verwahrten nicht einmal im Sommer benützt werden durfte, und nicht mehr benützt wurde; gleichwohl berücksichtigte der Angeschuldigte die Bitten des ihm als kränklich sich darstellenden Schroff nicht und legte noch dadurch, daß er selbst ihn unter Mißhandlungen hineinschaffte, seine gehässige Lust, ihn so zu peinigen, offen an den Tag. Wenn er ihn daraus auch einige Zeit darauf wieder befreite, so lag für ihn ferner kein Grund vor, ihn abermals einzuthürmen, umsoweniger als die bei Schroff vorgenommene Haussuchung erfolglos geblieben war, und erscheint sein deßfallsiger Vorwand, daß dies wegen einer gefährlichen Aeußerung Schroffs über A. Boppel geschehen sei, durchaus unerheblich. Damit nicht zufrieden, setzte er sein Bemühen, den in seine Hände gefallenen Gegner recht hart zu treffen, noch Nachts und am andern Morgen fort durch Herbeiholen des Handeisens, die grausame Art, es anzuschließen und durch seinen Befehl den unbehilflich gebundenen Schroff bei jener, Gesunden schädlichen Witterung an den entfernten Amtsort zu verbringen, in welchem Verfahren unzweifelhaft eine längere Mißhandlung und körperliche Peinigung mit Anwendung von Martern enthalten ist. Daß es seine entschiedene Absicht gewesen, auch letztere noch herbeizuführen, erhellt ganz deutlich aus der verkehrten und regelwidrigen Weise, das Handeisen zu befestigen, welche nicht, wie der Angeschuldigte glauben machen will, Folge seiner eigenen Unerfahrenheit darin, sondern ausgesonnene Härte ist, weil, wenn auch je das gebundene Abliefern Schroffs gerechtfertigt werden könnte, der Angeschuldigte als Bürgermeister sich darauf hätte beschränken können und sollen, es anzuordnen, nicht aber selbst es zu thun, und weil er noch besonders auf die Unregelmäßigkeit und Peinigung seines Verfahrens war aufmerksam gemacht worden.

So erwiesen die ungesetzliche und strafbare Willkühr gegen Schroff ist, ebenso tritt dies auch bei dem sittenlosen ehebrecherischen Verhältnisse des Angeschuldigten mit der Ehefrau des Joseph Anton Braun ein. (Hier folgt eine Erörterung der deßfallsigen Beweise.)

Wohl nur im Bewußtsein seiner Schuld und der Gewichtigkeit der gegen ihn vorliegenden Beweise macht derselbe mit solcher Entschiedenheit geltend, daß durch eingetretene Versöhnung der Braun Eheleute im Sinne der

L.R.S. 272 und 272a die Anzeige des beleidigten Ehemannes wirkungslos geworden sei. Allein abgesehen davon, daß dieser im Laufe der Untersuchung noch eine förmliche Ehescheidungsklage erhoben und durchgeführt hat, und abgesehen von der weitern Frage, ob die stillschweigende Zurücknahme der Anzeige durch Versöhnung mit der ehebrecherischen Ehefrau auch die Straflosigkeit des mitschuldigen Dritten herbeizuführen geeignet sei, *) so ist jener Umstand nicht nur nicht dargethan; vielmehr hergestellt, daß er nicht statt gefunden habe. (Folgt Erörterung der Beweise.)

Der Thatbestand des in fortgesetzter That verübten Ehebruchs mit nothwendig nachfolgender Strafe ist somit vollständig nachgewiesen; für die nähere Bezeichnung dieses Vergehens kömmt indeß noch weiter zu erwägen, daß Mildenberger auch hier sein Amt dazu mißbrauchte, um zu seinem ehebrecherischen, beziehungsweise sittenlosen Zwecke zu gelangen.

Mag auch schon seine äußere Stellung als erster Ortsvorgesetzter wesentlich dazu beigetragen haben, auf die Frau Braun einschüchternd zu wirken, zumal er als ein gewaltthätiger und rachsüchtiger Mensch bekannt war, während sie mit ihrem Ehemanne sich zu den bedrängten und hilflosen Armen zählte, so tritt zu diesem Uebergewicht noch der weitere Umstand, daß Mildenberger seine öffentliche Gewalt über diese Ortsangehörige in schändlicher Weise dazu benützte, sie zum Ehebruch zu bringen, indem er nicht blos mehrmals den unmittelbar zur Handhabung der öffentlichen Sitte und Ordnung bestellten Polizeidiener Wormer dazu gebrauchte, den auserfehenen Gegenstand seiner Wollust unter dienstlichem Vorwand vor sich zu befehlen, beziehungsweise zu laden, welcher Aufforderung sie Folge zu leisten hatte, sondern auch noch auf dem Rathhause, dem für den Bürgermeister ungeeignetsten Orte, sein Verbrechen vollzog.

Deßhalb liegt, wie in der Peinigung des Schroff, ebenso auch, wenigstens theilweise in dem Ehebruch mit der Frau Braun ein Amtsverbrechen gegen den Angeschuldigten Mildenberger vor, und trifft ihn mit Bezug auf die dort verschuldete Strafe und mit Rücksicht darauf, daß er als ein auf gewisse Zeit erwählter Gemeindebeamter zu den öffentlichen Dienern ohne ein ständiges Amt gehört (St.G.B. §. 704), noch eine stellvertretende Strafe statt der in §. 703 angedrohten Dienstentlassung.

*) Diese Frage wäre meines Erachtens nach Str.G.B. §. 351 zu bejahen. D. E.

Entscheidungsgründe

zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 17. Mai 1856.

Der Rekurrent beschwert sich in seiner gegen das hofgerichtliche Straferkenntniß vom 6. Februar d. J. eingebrachten Rekursausführung zunächst gegen das Verfahren des großh. Hofgerichts, indem solches nur eine achttägige Frist zur Einreichung der Schlußerklärung für die Vertheidigung gestattet, ein Fristgesuch abgeschlagen und den am 6. Februar eingereichten Nachtrag zur Vertheidigung bei Aburtheilung der Sache nicht mehr berücksichtigt habe. Allein Rekurrent kann sich hierdurch um soweniger beschwert fühlen, als nach der bestehenden Gesetzgebung in Fällen der Urtheilsfällung ohne vorausgegangene mündliche Schlußverhandlung keinerlei Rechtsanspruch auf Gestattung der Vertheidigung vor Fällung des Urtheils besteht, *) es sonach eine Vergünstigung für den Rekurrenten war, wenn ihm das großh. Hofgericht dennoch eine solche gestattete, als ferner die zum Nachtrage zur Vertheidigungsschrift gestattete achttägige Frist mit Hinsicht auf das geringe Material, worüber derselbe sich aussprechen konnte, für genügend zu erachten ist; — und als endlich ausweislich der hofgerichtlichen Beurkundung vom 11. Februar d. J. der Schriftsatz erst nach Fassung des Urtheils eingereicht worden ist, somit in jener Instanz nicht mehr berücksichtigt werden konnte, dessen Geltendmachung in dieser Instanz dagegen bewahrt blieb. (Folgen factische Erörterungen.)

Als beschwert durch das angefochtene Strafurtheil erachtet das Rekursgericht den Rekurrenten nur insofern, als das großh. Hofgericht bezüglich des dem Rekurrenten zur Last fallenden Ehebruchs auch ein „Amtsverbrechen" — und hinsichtlich der an Schroff verübten Körperverletzung eine „längere Mißhandlung oder Peinigung" — im Sinne des §. 229 des Str.Ges. unterstellt und der Strafbemessung zu Grunde gelegt, sowie auch statt der Dienstentlassung die stellvertretende Strafe des §. 704 erkannt hat.

Als ein Amtsverbrechen kann es nämlich nicht erachtet werden, wenn der Rekurrent die Braun'sche Ehefrau, mit

*) Vergleiche Beff, Anmerk. zum Einf.-Ges. pag. 64. 65 und pag. 31, welcher, übrigens ohne genügenden Grund, gestützt auf den nicht eingeführten §. 214 der Str.Pr.O. das Vertheidigungsrecht weiter ausdehnen will. D. E.

der er schon vorher mehrfach fleischlichen Umgang gepflogen, und von welcher daher nicht angenommen werden kann, daß sie durch die Autorität des Bürgermeisters und die Art der an sie ergangenen Aufforderung zum Erscheinen bei ihm bewogen worden sei, sich seinem Willen zu fügen, — zu diesem Zwecke durch den Ortsdiener vorladen ließ, zumal weder durch den Zeugen Wormer bestätigt noch anderweit dargethan ist, daß Rekurrent bei diesen Vorladungen etwa ein amtliches Geschäft vorgeschützt und dadurch den Schein, als handle es sich um Amtsgeschäfte, begründet habe.

Es kann unter diesen Verhältnissen nur angenommen werden, daß er den Ortsdiener als gewöhnlichen Diener benützte, um die Braun Zeit und Ort wissen zu lassen, wo er eine ihr bereits bekannte Handlung vorzunehmen wünsche, mit der sie selbst einverstanden war. —

Eben so liegt zwar dem Rekurrenten bezüglich des Franz Schroff eine Körperverletzung im Sinne des §. 227 St.G.B. und da derselbe sein Amt zur Verübung derselben mißbrauchte, ein Amtsverbrechen nach §. 703 des St.Ges. zur Last, nicht aber ein Vergehen der in §. 229 bezeichneten Art, da hiezu wirkliches Martern oder eine längere Zeit andauernde körperliche Mißhandlung erfordert werden, unter welchen Begriff jedoch die — allerdings rohe und leidenschaftliche — Handlungsweise des Rekurrenten gegen Schroff immerhin nicht unterstellt werden kann.

Hiernach und da die für die Körperverletzung nach §. 227 zu verhängende Strafe mit Hinblick auf die Bösartigkeit und Stärke des verbrecherischen Willens des Recurrenten mit vier Monaten Kreisgefängniß nicht zu hoch gegriffen erscheint; ist gemäß §. 703 des Str.Ges. auch die Dienstentlassung gegen den Recurrenten auszusprechen, und es kann statt solcher nicht die stellvertretende Strafe des §. 704 erkannt werden, weil das Amt eines Bürgermeisters, wenn auch als ein auf eine gewisse Zahl von Jahren beschränktes, doch ein für diese Zeit ständiges, weder nach Willkühr aufkündbares, noch auf ein einzelnes vorübergehendes Geschäft gerichtetes Amt zu erachten ist.*)

Aus diesen Gründen und gemäß §. 351 der Str.P.O. wurde, wie geschehen, erkannt. P.

II.

Hofgericht des Unterrheinkreises.

Zu den Förmlichkeiten der Ehescheidung auf wechselseitige Einwilligung.

Lösch gegen Lösch.

Entscheidungsgründe.

Das Gesuch der Ludwig Lösch'schen Eheleute von Heidelberg, ihre am 31. Dezember 1848 geschlossene Ehe auf wechselseitige Einwilligung zu scheiden, stellt sich als begründet, und als unter den wesentlichen gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten angebracht dar.

---

*) Ueber die Frage, gegen welche öffentliche Diener und namentlich Gemeindebeamte zufolge §. 704 St.G.B. anstatt der Dienstentsetzung und Dienstentlassung eine stellvertretende Freiheitsstrafe zu erkennen ist, sind in früherer Zeit abweichende Entscheidungen der Gerichtshöfe ergangen (Annalen XXI. S. 128, XXII. S. 118. 374. 408), und ich habe mir daher erlaubt, in Annalen XXII. S. 405 eine eingehende Erörterung hierüber mitzutheilen. Wahrscheinlich hierdurch veranlaßt, obwohl mein Aufsatz nebst den beiden darin angeführten Urtheilen des Oberhofgerichts und des mittelrheinischen Hofgerichts ganz mit Stillschweigen übergangen ist, veröffentlichte der frühere Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht in Annalen XXIII. S. 63 eine ihm günstige Entscheidung des Oberhofgerichts und des Hofgerichts des Seekreises. Da jedoch das Datum dieser Urtheile nicht angegeben ist, so dürfte sich die Vermuthung rechtfertigen, daß es sich um denselben Fall handelt, welcher von dem nämlichen Herrn Gegner bereits in den Annalen vom Jahre 1854 (XXI. S. 128 Aufsatz V. Absatz 2) mitgetheilt worden war, indem hier wie dort, das Urtheil einen widerruflich angestellten Postexpeditor betrifft. Sollte ich mich darin nicht irren, und also wirklich im Jahre 1856 eine bereits im Jahre 1854 vorhandene Entscheidung wiederholt benützt worden sein, so dürfte ich mich zur Widerlegung dessen auf meinen Aufsatz vom Jahre 1855 (Annalen XXII. S. 405) beziehen, worin auch jener Fall besprochen ist. Wenn sich die Sache anders verhalten, und jene Auslassung ein Spiel des Zufalls sein sollte, so müßte ich allerdings für meinen Irrthum um Entschuldigung bitten, und wäre dazu auch gern bereit, fände übrigens auch dann keinen Stoff zu weiteren Erörterungen über diese Hauptfrage, weil sich jene Entscheidung nur auf das Argument der Widerruflichkeit der Anstellung stützt, worüber ich bereits meine Ansicht vorgetragen habe. (Annalen XXII. S. 407.)

Jedenfalls dürfte nunmehr bezüglich der Bürgermeister die Controverse in meinem Sinne erledigt sein, da sowohl in dem vom Herrn Gegner S. 133. 134 der diesjährigen Annalen mitgetheilten, als auch in dem obigen Falle das Oberhofgericht die hofgerichtlichen Urtheile dahin abgeändert hat, daß gegen diese Gemeindebeamten die stellvertretende Freiheitsstrafe nicht zu erkennen sei, und die Art der Begründung dieser Aussprüche des obersten Gerichtshofs läßt sicherlich Schlüsse zu, welche die Richtigkeit meiner Ansicht auch im Uebrigen darthun. V. C.

Es hat zwar

1) der Beamte in dem Protokoll vom 28. September 1855 der in L.R.S. 284 vorgeschriebenen Erinnerung an die Ehefrau, sich binnen 24 Stunden in das mit ihrem Ehemann vereinbarte Haus zu begeben und sich daselbst bis nach ausgesprochener Ehescheidung aufzuhalten, nicht erwähnt; allein abgesehen davon, daß die Unterlassung dieser vorgeschriebenen Förmlichkeit nicht den Parteien zur Last fällt, sondern lediglich als ein Versehen des Beamten erscheint, so stellt sich solche in vorliegendem Falle deßhalb als unerheblich dar, weil in dem Notariatsakte vom 24. Juli 1855 des Umstandes Erwähnung geschieht, daß die Ehefrau bereits in dem mit ihrem Ehemann vereinbarten Hause wohne und daher die Ehefrau schon freiwillig das erfüllt hatte, was das Gesetz vorschreibt.

2) Hat der Beamte in den über das 2., 3. und 4. Erscheinen der Parteien aufgenommenen Protokollen nicht erwähnt, daß, dem L.R.S. 285 gemäß, die vorigen Förmlichkeiten erneuert worden seien. Auch diese Unterlassung fällt nicht den Parteien selbst zu Last, sondern stellt sich als ein Versehen des Beamten dar, unter welchen die ersteren nicht leiden können, wenn sie von ihrer Seite den gesetzlichen Vorschriften Genüge geleistet und hierdurch den ernstlichen Willen, ihre Ehe zu trennen, bekundet haben.

3) Nach L.R.S. 283 Ziff. 3 und 285 soll die Erklärung der Eltern, womit sie die Ermächtigung und Einwilligung zur Ehescheidung ertheilen, jedesmal durch öffentliche Urkunden erwiesen werden.

Die von der Ehefrau bei ihrem erstmaligen Erscheinen übergebene Urkunde über die Einwilligung ihrer Eltern ist aber nicht von einem Notar, sondern von dem ev. Pfarramte zu Waldangelloch errichtet, sie kann daher als eine öffentliche, im Sinne des L.R.S. 1317 nicht erachtet werden, weil dem Pfarrer über Erklärungen, welche nicht die bürgerlichen Standesverhältnisse berühren, ein öffentliches Beurkundungsrecht nicht zusteht. Allein gleichwohl erscheint aus diesem Grunde das Ehescheidungsverfahren nicht als ungültig. Die Eltern der Ehefrau haben nemlich in drei weitern, vor Notaren errichteten öffentlichen Urkunden die fragliche Einwilligung und Ermächtigung ertheilt und dadurch nicht nur ihren beharrlichen Willen kund gegeben, sondern insbesondere auch noch in der Urkunde vom 2. Juli 1856 erklärt, daß sie schon von Anfang des Ehescheidungsvorhabens an ihre Einwilligung ertheilt haben. Hierin haben aber dieselbe ihre vor dem Pfarramte abgegebene Erklärung vor dem Notar bestätigt und wiederholt. Damit ist den Erfordernissen des L.R.S. 289, wornach die wechselseitige Einwilligung der Eltern 4 mal im Laufe des Jahres erklärt werden muß, Genüge geschehen.

4) Das Gesetz in L.R.S. 285 verlangt, daß bei dem jedesmaligen Erscheinen der Parteien, dieselben durch öffentliche Urkunden beweisen sollen, daß ihre Eltern auf ihrem ersten Entschlusse beharren. Bei dem zweiten am 7. Januar 1856 stattgehabten Erscheinen haben die Eheleute eine solche Urkunde über die Einwilligung der noch lebenden Eltern der Ehefrau nicht vorgelegt und hat sich dieselbe wegen dieser Unterlassung mit Gesetzesunkenntniß zu entschuldigen gesucht.

Diesem Vorbringen steht jedoch die Bestimmung des L.R.S. 1 h. entgegen, wonach das Nichtwissen für bekannt angenommener Gesetze sowohl im Verluste als im Gewinne schadet. Allein diese Verletzung einer vorgeschriebenen Förmlichkeit erscheint nicht nur aus den unter Ziff. 3 angeführten Gründen, sondern insbesondere auch noch dadurch wieder geheilt, daß die Eltern der Ehefrau in der Urkunde vom 31. Januar 1856 ausdrücklich erklärt haben, daß ihre Ermächtigung und Einwilligung als für die ganze Dauer des Ehescheidungsprozesses gegeben betrachtet werden soll, indem sie auf diesem Entschlusse beharren.

Die Eltern der Ehefrau haben sonach ihre wechselseitige Einwilligung viermal im Laufe des Jahres erklärt, und damit unter Hinblick auf den L.R.S. 289 auch den Bestimmungen des L.R.S. 285 Genüge geleistet.

5) Die bei dem erstmaligen Erscheinen abgegebene Erklärung der Eheleute, daß sie entschlossen seien, ihre Ehe auf wechselseitige Einwilligung zu trennen, muß nach L.R.S. 285 in den ersten 14 Tagen des nächstfolgenden vierten, siebenten und zehnten Monats erneuert werden. Diese Erklärung wurde erstmals am 28. September 1855 abgegeben und es sollte daher die am 7. Januar 1856 erfolgte erste Erneuerung in den ersten 14 Tagen des auf den 28. September nachfolgenden vierten Monats gemacht werden. Die zweite Erneuerung hätte sonach in der Zeit vom 28. März bis zum 10. April erfolgen sollen.*) Die Eheleute erschienen aber schon am 4. Februar 1856 mithin offenbar zu frühe.

---

*) Vergl. Annalen XXII. 188. 233. 256.

D. R.

Allein auch diese Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift erscheint dadurch wieder beseitigt, daß die Eheleute nach dem 4. Februar 1856 noch zweimal, am 8. April und 8. Juli 1856, mithin rechtzeitig in den ersten 14 Tagen des siebenten und zehnten Monats erschienen sind. Das Erscheinen am 4. Februar stellt sich sonach lediglich als ein überflüssiges dar und nach dem Grundsatze, daß Ueberflüßiges nichts schadet, erscheinen die Förmlichkeiten und Fristen des L.R.S. 285 als beobachtet und gewahrt. Endlich

6) sind von den Parteien die Förmlichkeiten dadurch nicht vollständig beobachtet worden, daß in der Tagfahrt vom 30. Sept. d. J. der Ehemann nicht sämmtliche in L.R.S. 286 bezeichneten Scheine übergeben hat, indem der Schein vom 8. Juli nicht beigebracht wurde. Allein da das Gesetz in den L.R.S. 286. 289. 290 der Uebergabe dieser Scheine nicht als eine besonders vorgeschriebene Förmlichkeit erwähnt, da ferner die Ehefrau sämmtliche Scheine übergeben hat, und sie daher bei dem Mangel der Scheine des Ehemanns vom 8. Juli 1856 um soweniger leiden kann, als dieser Schein auch ohne Verschulden des Ehemanns abhanden gekommen sein kann und da endlich aus den Akten sich ergibt, daß beiden Eheleuten über ihr jedesmaliges Erscheinen vor Gericht Scheine ausgestellt wurden, so steht auch dieser Mangel dem Scheidungsbegehren nicht entgegen.

Alle die erwähnten Mängel von Förmlichkeiten stellen sich sonach unter einander als geheilt, oder unter Anwendung des L.R.S. 6 k und 290 als minder nothwendig und erheblich dar, und es konnte daher bei der sonst nachgewiesenen Festigkeit des Willens der die Ehescheidung nachsuchenden Eheleute und bei der Beobachtung der wesentlich nothwendigen Förmlichkeiten, sowie bei dem Nachweis der sonst gesetzlichen Erfordernisse, wodurch die Absicht des Gesetzes erreicht wird, das Verfahren nicht für nichtig und wirkungslos erachtet werden.

Diesem Allem nach sind die Bedingungen vorhanden dem Gesuche um Ehescheidung zu entsprechen.

Es hat insbesondere der Ehemann das 25., die Ehefrau das 21., aber noch nicht das 45. Lebensjahr zurückgelegt, die Ehe schon über 2 Jahre und nicht über 20 bestanden. Es sind ferner sowohl von Seiten der Parteien als des Gerichts im wesentlichen die Förmlichkeiten beobachtet, welche das 3. Kapitel des VI. Titels im I. Buch des Landrechts vorschreibt, insbesondere die Todtenscheine der Eltern des Ehemanns und der Großeltern beider Eheleute, sowie die Urkunde über die Einwilligung und Ermächtigung der noch lebenden Eltern der Ehefrau vorgelegt, und die Erklärungen über die wechselseitige Einwilligung zur Ehescheidung innerhalb der gesetzlichen Fristen wiederholt abgegeben worden. Auch hat schon vor dem Anbringen des Scheidungsgesuches die Aufnahme der in L.R.S. 279. 280 vorgeschriebenen Urkunden stattgefunden.

A. d. Gr. rc.

Kah.

III.

Von den Ansprüchen einzelner Gläubiger auf einen in der Gant ihres Schuldners übergangenen Ausstand.

Advokat U. hatte eine rechtskräftig festgestellte Forderung von 2431 fl. 21 kr. an Fräulein M. v. G.

Diese, seine Schuldnerin, hatte in der Gant des L. v. G. eine Schenkung von 250 fl. liquidirt und war damit durch das Ganturtheil in fünfte Ordnung locirt worden.

Sie starb im Jahre 1848 und über ihren Nachlaß wurde auch Gant erkannt, diese Gant aber noch im Laufe des Jahres 1849 beendigt und der Massepfleger erhielt am 15. Januar 1850 seine Entlassung, ohne daß auf jenen Ausstand bei der noch im Laufe befindlichen Gant des L. v. G. Rücksicht genommen worden war.

Advokat U. verlangte nun als Gläubiger der M. v. G., daß der Vertreter der L. v. G'schen Gantmasse angewiesen werde, den Betrag, welcher nach dem Ganturtheil und dem Vertheilungsbescheide der M. v. G. zufallen würde, wenn sie noch am Leben wäre, an ihn auszuzahlen.

Dieses Gesuch beanstandete aber der Vertreter der L. v. G'schen Gantmasse, indem er geltend machte, das Guthaben der M. v. G. könne nur von der Gesammtheit der Gläubiger ihres verganteten Nachlasses in Anspruch genommen werden.

Später trat auch noch L. E., früher Dienstmagd der M. v. G., dazwischen, welche in deren Gant 65 fl. Liedlohn angemeldet hatte und damit in erster Ordnung locirt worden, jedoch mit 52 fl. 33 kr. durchgefallen war. Sie führte gegenüber dem Advokaten U. aus, die Forderung der M. v. G. an die Gantmasse des L. v. G. könne

von den Gläubigern der Ersteren nur für deren frühere Gantmasse gefordert werden, und die Vertheilung dieses neuen Massebestandtheils habe dann nachträglich nach Maßgabe der früheren Verweisung zu geschehen, hiernach sei sie aber mit ihrem Forderungsreste von 52 fl. 33 kr. jedenfalls vor dem Kläger zu befriedigen. Sie stellte den Antrag, den Advokaten U. abzuweisen und zu erkennen, fragliche 250 fl. seien an die Gantmasse der M. v. G., oder doch 52 fl. 33 kr. seien an sie, und nur der Rest sei an Jenen zu bezahlen.

Der thatsächliche Grund ihres Anspruchs mußte sowohl von dem Vertreter der L. v. G'schen Gantmasse als von dem Advokat U. anerkannt werden. Letzterer entgegnete aber, der Restforderung der Intervenientin komme nur in der M. v. G'schen Gant ein Vorzugsrecht zu, die fragliche Forderung könne aber nicht mehr in diese frühere, unter dessen beendigte, Gant fallen, sei daher auch nicht nach dem früheren Ganturtheile zu vertheilen, ebensowenig bilde die Forderung den Gegenstand eines neuen Gantverfahrens. Er beantragte sonach, zu erkennen, fragliche 250 fl. seien an ihn und L. E. je nach Verhältniß ihrer Forderungen zu bezahlen.

Das Hofgericht des Unterrheinkreises (III. Civ.Sen.) als Gantgericht erkannte unterm 5. Juli l. J.:

„die beklagte Gantmasse sei schuldig, von den, der verstorbenen Freifräulein M. v. G. in fünfter Klasse unter Nummer 2 des Ganturtheils zuerkannten 250 fl., so weit diese nach Maßgabe des Vertheilungsbescheids zur Bezahlung kommen, der L. E. von Wallstadt 52 fl. 33 kr., den Mehrbetrag an Obergerichtsadvokaten U. dahier zu bezahlen ꝛc."

Entscheidungsgründe.

Es ist unbestritten, daß die den Gläubigern in L.R.S. 1166 eingeräumte Berechtigung, die Forderung ihrer Schuldnerin geltend zu machen, jedem Einzelnen dieser Gläubiger zusteht.

Zachariä, fr. Civ.Recht II. §. 312. 1.

Es ist aber auch eben so unbestreitbar, daß dieses Recht jeder Zeit durch das gleich starke oder vorzüglichere Recht eines jeden einzelnen anderen Gläubigers oder einer Mehrzahl von solchen beschränkt und selbst ausgeschlossen werden kann.

L.R.S. 2093. 2094 und 1039 Pr.O.

Von einer Mehrheit von Gläubigern, welche durch die Eröffnung einer Gant (sei diese auf ihren Antrag [§. 779 Pr.O.] oder aus anderen Gründen [§. 778 Pr.O.] erfolgt), in eine gezwungene Streitgenossenschaft getreten sind, wird dieses Recht dadurch zur Geltung gebracht, daß sie sämmtliche Vermögensstücke, welche ihrem gemeinsamen Schuldner zur Zeit der Ganteröffnung gehören, mit Ausschluß jeder besonderen Betreibung hierauf, in die Gantmasse ziehen,

§. 800 801. Pr.O.

und es hätte dies auch hier von den Gläubigern der M. v. G. als Streitgenossenschaft, bezüglich ihrer Forderung an die Gant des Freiherrn L. v. G., seiner Zeit geschehen können. Nachdem aber die Gant der M. v. G. beendigt ist (§. 900 Pr.O.), kann von dem Fortwirken eines den Kläger beschränkenden Rechts dieser Streitgenossenschaft (und darauf allein stützt die Beklagte Gantmasse ihre Einwendung) deshalb keine Rede mehr sein, weil diese Streitgenossenschaft selbst nicht mehr besteht; denn sie ist nur durch die eröffneten Gantverhandlungen und nur für diese entstanden, sie wurde deshalb auch durch Beendigung dieser Verhandlungen, weil damit ihr Gegenstand wegfiel und ihr Geschäft seine Vollendung erreicht hatte, wieder aufgelöst.

§. 92 Pr.O. L.R.S. 1865^a.

Hierbei kann es nicht darauf ankommen, ob diese Streitgenossenschaft ihr Recht, zu dessen Ausübung sie ja nicht verpflichtet war, nur deßhalb nicht zur Geltung gebracht hat, weil sie keine Kenntniß von dem übergegangenen Vermögensstück hatte, oder weil sie ihr Recht nicht ausüben wollte.

Es hat zwar auch jetzt wieder, wie schon früher, jeder einzelne weitere Gläubiger der M. v. G. oder eine Mehrheit derselben das Recht, den Kläger in der ausschließlichen Befriedigung aus dem fraglichen Guthaben der M. v. G. zu beschränken und es können diese Gläubiger auch jetzt wieder ihre gleichen oder vorzüglicheren Rechte nicht allein im Wege der Intervention oder, sofern es zu einer Vollstreckung gekommen ist, im Wege der Einsprache geltend machen, sondern wenn neuerlich wieder die Voraussetzungen zur Eröffnung einer Gant vorhanden sind, auch diese veranlassen. Allein es ist dies nicht eine Fortsetzung des Rechts der bei der früheren Gant bestandenen Gläubigergenossenschaft, welche jetzt wieder aufgelöst ist, sondern es ist dies die Folge der neuerlichen Ausübung des Rechtes eines jeden einzelnen weiteren Gläubigers der M. v. G., und es tritt daher eine Beschränkung des Klägers nur insoferne ein, als dieses

Recht neuerlich von anderen Gläubigern in Anspruch genommen wurde.

Es ist dies bis jetzt nur von L. E. geschehen, welche im Wege der Hauptintervention mit der gleichen Sachberechtigung wie der Kläger die Forderungen ihrer früheren Schuldnerin zur Befriedigung ihres noch unbezahlten rechtlichen Anspruches für Liedlohn im Betrage von 52 fl. 33 kr. geltend macht; dem Begehren des Klägers muß daher insoweit entsprochen werden, als ihm nicht der Anspruch der L. E. entgegensteht, und dieser schließt den Kläger für den Betrag von 52 fl. 33 kr. ganz aus.

Das Urtheil, welches in der Gant der M. v. G. erlassen wurde, wirkt nemlich als rechtskräftige Entscheidung auch nach Beendigung des Gantverfahrens, in welchem es erging, fort; dieses Urtheil erkannte der L. E. aber nicht nur ein Vorzugsrecht auf die Bestandtheile der frühern Gantmasse zu, sondern es spricht ohne weitere Beschränkung aus, daß die Forderung derselben eine jener Forderungen sei, welchen nach der gesetzlichen Bestimmung des L.R.S. 2101 ⁴ erstes Vorzugsrecht auf sämmtliches Vermögen der † M. v. G. zustehe, dieses Urtheil erkennt damit an, daß der L. E. ein ihrer Forderung deren Natur nach anklebendes Vorzugsrecht zustehe ꝛc. ꝛc. Stf.

IV.

Ist die in alten Urkunden vorkommende Ausdrucksweise, daß Jemand die Haltung des Fasels übernehme, dahin auszulegen, daß der Verpflichtete die Last auf sich habe, nur einen Fasel, oder je nach dem Bedürfnisse des Viehstandes des Berechtigten einen oder mehrere Stück Fasel zu unterhalten?

(Forts. der Mittheilung in No. 25 dieses Jahrg.)

In Sachen der Gemeinde Rinklingen gegen die evangelische Pfarrei daselbst, Faselhaltung, hat das großherz. Oberhofgericht das hofgerichtliche Urtheil dahin abgeändert, daß die erhobene Klage, insoweit darin die Haltung von mehr als einem Rindsfasel für die Gemeinde Rinklingen begehrt wird, abzuweisen sei.

Das großh. Oberhofgericht hat sein abänderndes Urtheil in folgender Weise begründet:

„Wäre nachgewiesen, daß jene Verbindlichkeit eine der Zahl nach unbestimmte ist, dann läge es in der Natur der Sache, daß ihr Umfang sich nach Maßgabe des jeweiligen Bedürfnisses zu richten hätte. Eine solche unbeschränkte Verbindlichkeit kann aber nicht schon da als bestehend angenommen werden, wo der Inhalt der darüber sprechenden Urkunde zweifelhaft oder zweideutig erscheint; es muß vielmehr, weil die Unbestimmtheit der Verbindlichkeit sie zu einer ihrem Umfange nach größeren macht, solche klar und zweifellos ausgedrückt sein. Der Eintrag im Rinklinger Lagerbuche vom Jahr 1536, auf welchen sich die klagende Gemeinde beruft, um die von ihr behauptete unbeschränkte Last der Pfarrei zu begründen, und zu beweisen lautet: „Das Widdumsgut haben sie auch einem Pfarrherrn gegen Haltung Fasels zu genießen geben.“ Das Wort Fasel steht hier im Genitiv der einfachen Zahl mit Auslassung des Artikels. Dasselbe drückt also nicht eine Mehrheit, sondern nur eine Einheit aus. Dafür, daß der damalige Sprachgebrauch unter jenem Ausdrucke das Faselvieh überhaupt begriffen habe, ist eine sichere Nachweisung nirgends gegeben. — — — Da nun der fragliche Ausdruck es mindestens zweifelhaft läßt, ob der Beklagten eine bestimmte oder unbestimmte Last obliegt, so muß neben der Vorschrift des L.R.S. 1162 als entscheidend gelten, daß wenn die Zahl oder das Quantum zweifelhaft ist, die Auslegung in der Regel gegen das Mehrere geht, sowie daß die Vermuthung für die mindeste Beschränkung des Eigenthumes spricht. — D.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1856. Jahrgang XXIII. No. 52.

I.

Die Börsengeschäfte.

(Annalen No. 43. 47. 50.)

4. Das Lieferungsgeschäft.

Der Umsatz in Staatspapieren, Aktien und ähnlichen Papieren geschieht am häufigsten mittels des Lieferungsvertrags, kraft dessen der Eine Theil sich verpflichtet, gewisse Papiere zu einem bestimmten Preis zu liefern, der Andere den verabredeten Preis zu zahlen. In diesem Uebereinkommen sind die Merkmale eines Kaufs zu finden, Art. 1582, weßhalb es auch allgemein so beurtheilt wird.

Thöl, Handelsrecht §. 70.

Bender, der Verkehr mit Staatspapieren §. 77.

Es finden daher die gesetzlichen Bestimmungen über den Kauf Anwendung auf diesen Vertrag. Da aber Staatspapiere, Aktien u. s. w. zu den vertretbaren Sachen gehören, so kann Art. 1583 nur insofern zur Anwendung kommen, als die Papiere von den Contrahenten mittels Angabe der Nummern oder in sonstiger Weise specialisirt worden sind. So lange dies nicht geschehen, fällt der Kauf unter Art. 1585, wonach Waaren, welche nach Maas, Zahl oder Gewicht verkauft zu werden pflegen, auf des Verkäufers Gefahr bleiben, bis sie zugemessen, zugezählt oder zugewogen sind.

Unter Gefahr ist hier das periculum deteriorationis und interitus zu verstehen, keineswegs aber die Gefahr der Preisminderung, welche, sobald der Kaufpreis unter den Contrahenten verabredet ist, dem Käufer zur Last fällt, wie er auch den Vortheil vom Steigen der Preise hat. Thöl l. c. No. III.

Eben so geht das Eigenthum der verkauften Papiere erst von dem Moment, in welchem sie specialisirt (zugezählt) worden sind, auf den Käufer über. Dieser kann aber nach Art. 1585 ebensowohl auf Ueberlieferung wie auf Entschädigung klagen, wenn der Verkäufer nicht erfüllt; denn jedes unerfüllte Versprechen, Etwas zu thun, löst sich in die Verbindlichkeit auf, zu entschädigen. Art. 1142. Eben deßhalb kann auch in dem Anspruch auf Entschädigung, welchen Ein Contrahent gegen den Andern wegen dessen Weigerung, zu erfüllen, erhebt, kein Grund zu der Unterstellung, als sei es bei Eingehung des Vertrags auf ein Differenzgeschäft abgesehen gewesen, gefunden werden, wie auch das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises den 15. September d. J. in der Sache Götz gegen Cassel entschieden hat. (s. No. 49 der Annalen.)

Nach Art. 1584 kann der Kauf sowohl unbedingt, wie unter aufschiebenden oder auflösenden Bedingungen geschlossen werden. Ein Beispiel der letzteren Art bietet das Prämiengeschäft, bei welchem der Eine Contrahent sich gegen Zahlung einer Prämie den Rücktritt von dem Vertrag vorbehält, weßhalb die Franzosen dieses Geschäft marché libre nennen. Es kann auch dem Einen Contrahenten ein Wahlrecht vorbehalten werden, wie dieses bei dem Stellgeschäft vorkömmt. vrgl. Annalen No. 50. Endlich kann in Bezug auf die Zeit der Erfüllung unter den Contrahenten jede beliebige Verabredung getroffen werden; in dieser Richtung unterscheidet man den Tageskauf (marché au comptant) von dem Zeitkauf (marché à terme), indem in dem Einen Fall der Vollzug sogleich, in dem Andern nach einer gewissen Zeit stattzufinden hat. Es ist nun namentlich der Zeitkauf vielfach mit Ungunst behandelt, und als nicht klagbar dargestellt worden, worüber man die Literatur bei Bender in der Note zu §. 78 findet. Gönner war es vorzüglich, der in seiner Schrift „die Stock-Jobberei und der Handel mit Staatspapieren. München 1820" gegen die Zulässigkeit und Klagbarkeit der Zeitkäufe in Staatspapieren aufgetreten ist, eben da-

durch eine Menge Gegenschriften hervorrief, unter denen sich die Antwort von Weyen, Wien 1821, auszeichnet. Eine sehr interessante Beleuchtung dieses Streits findet man bei Nebenius, der öffentliche Credit, Karlsruhe und Baden 1829, S. 568 — 602. Unter Andern heißt es dort S. 574:

„Wie Zeitkäufe sich als eine schickliche Form darbieten, in welche eine Spekulation auf die Coursdifferenz sich einkleiden läßt, geht aus der Darstellung dieser Geschäfte hervor und die Erfahrung lehrt, daß die befristeten Papiergeschäfte nur zu häufig lediglich aus der stillen Absicht der Contrahenten entspringen, am Lieferungstag die Coursdifferenz zu liquidiren. Nicht zu leugnen ist dagegen, daß sie eben so gut aus der wirklichen Absicht des einen oder andern oder beider Theile, den verabredeten Tausch zu vollziehen, entspringen können. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen würde aber die aus einem solchen Vertrag von dem einen Theil gegen den andern abgeleitete Forderung so lange als auf einer erlaubten Ursache beruhend betrachtet werden, der Vertrag so lange für das, was er seiner Form nach ist, gelten müssen, bis klar gemacht würde, daß diese Form nur gewählt wurde, um darunter ein unerlaubtes Spiel zu verstecken. Eine solche Absicht beider Theile würde man nicht als juristisch gewiß annehmen dürfen, wenn auch von einer noch so großen Zahl anderer Fälle wirklich nachgewiesen würde, daß ihnen lediglich eine Liquidation der Differenzen zu folgen pflege. Es ließe sich hieraus mit Sicherheit nicht einmal darauf schließen, daß in diesen Fällen ursprünglich die Absicht beider Theile auf ein reines Differenzgeschäft gerichtet war, da häufig nur die Weigerung des einen Theils, den Vertrag zu vollziehen, oder zufällige Umstände zu der gütlichen Ausgleichung über die zu leistende Entschädigung führen. Selbst wenn zwischen Käufer und Verkäufer frühere Geschäfte dieser Art durch Differenz Zahlungen ausgeglichen wurden, würde hieraus allein noch kein sicherer Schluß auf spätere gelten. Auch der Umstand, daß der Verkäufer die verkauften Papiere nicht besitzt, und auch kein Recht darauf hat, kann, wo nicht eine bestimmte gesetzliche Verfügung vorliegt, nichts entscheiden; selbst wenn der Käufer hievon unterrichtet war, kann die Absicht beider Theile so reell wie bei jedem Lieferungsvertrag sein u. s. w.“ Auch Thöl geht in seinem Handelsrecht §. 70 von der gleichen Ansicht aus, indem er dort sub. No. IV. sagt: „Dem Lieferungsgeschäft kann ein reines Differenzgeschäft unterliegen, so daß die Meinung der Contrahenten eine andere ist, als die Form besagt. Ist dieses der Fall, so ist das Geschäft, da bei jeder Simulation die Meinung (sollte wohl heißen: die Absicht) entscheidet, als Differenzgeschäft zu behandeln. Daß es aber der Fall sei, muß von dem, der dies behauptet, dargethan werden; denn es ist kein Grund vorhanden, ohne weitere Untersuchung der Umstände die Simulation als vorhanden anzunehmen, oder auch nur zu behaupten, daß sie in der Regel vorliege.“

Nach dieser übereinstimmenden Ansicht ist der Zeitkauf klagbar, vorbehaltlich des Beweises, daß derselbe nur zur Einkleidung eines unerlaubten Vertrags gebraucht worden sei. Nach unseren Gesetzen gehören Spiel und Wetten zwar nicht zu den verbotenen Geschäften, aber der Gewinn ist nicht klagbar. Art. 1965; was dagegen freiwillig bezahlt worden ist, kann nicht zurückgefordert werden. Art. 1967. Es müßte daher entweder überhaupt nachgewiesen werden können, daß Zeitkäufe zu den Spielen oder Wetten gehören, oder wenigstens im einzelnen Fall der Beweis einer Simulation erstellt werden; sonst ist dieser Vertrag wie jeder andere gesetzlich erlaubt und darum klagbar. Man darf sich hierbei nicht durch die französischen Schriftsteller irre führen lassen. Denn wenn wir auch dasselbe Civilgesetzbuch, wie die Franzosen, haben, so gelten doch bei uns nicht die Ordonnanzen, welche im vorigen Jahrhundert in Frankreich erlassen wurden. Man findet diese bei Nebenius S. 588 — 590 in der Note, ferner bei Troplong, des contrats aléatoires ad Art. 1966 No. 103—121. Dieser berühmte Jurist ist zwar der Meinung, daß diese Ordonnanzen durch den Code pénal aufgehoben, mithin dessen Bestimmungen jetzt allein maßgebend seien, No. 132 ibidem. Da aber auch dieses Gesetzbuch bei uns nicht eingeführt ist, so haben wir es allein mit den angeführten Bestimmungen des Civilgesetzbuchs zu thun, und es fragt sich zunächst: Ist der Zeitkauf als Spiel oder Wette zu betrachten? Es darf hierbei nicht die bloße Analogie entscheiden, weil bekanntlich Ausnahme-Gesetze nicht auf ähnliche Fälle zur Anwendung gebracht werden dürfen; es muß der gleiche Fall sein, wenn Art. 1965 darauf angewendet werden will. Sowie man die Frage in dieser Weise stellt, ist sie auch schon beantwortet. Bei dem Spiel wie bei der Wette wird eine Summe eingesetzt, welche je nach dem Eintreten eines ungewissen Ereignisses von dem einen Theil an den andern verloren wird. Keines dieser Merkmale findet sich

bei dem Zeitkauf: es fehlt an jedem Einsatz, daher kann kein solcher gewonnen oder verloren werden. Diejenigen, welche den Zeitkauf als Spiel oder Wette darstellen, sind deßhalb zu der Behauptung genöthigt, der Einsatz der Contrahenten bestehe in der Summe, um welche der Kaufpreis differirt von dem Cours des Ablieferungstags, daher der Name „Differenzgeschäft."

Man nimmt hierbei an, der Verkäufer mache sich nur scheinbar verbindlich, die verkauften Papiere zu liefern; er verspreche vielmehr, dem Käufer diejenige Summe zu zahlen, um welche die fraglichen Papiere bis zum Ablieferungstag gestiegen sind, wogegen der Käufer sich nur scheinbar verbindlich mache, die Papiere zu beziehen und zu zahlen, in der That aber verspreche, dem Verkäufer die Summe zu zahlen, um welche die fraglichen Papiere bis zum Ablieferungstag gefallen sind. Nach dieser Unterstellung ist der Einsatz eine ganz unbestimmte Summe, welche hoch oder nieder sein, und sich auch, wenn z. B. der Cours am Ablieferungstag mit dem Kaufpreis übereinstimmt, auf Nichts reduciren kann. Dies kömmt weder bei dem Spiel noch bei der Wette vor, da bei diesen der Einsatz immer in einer voraus bestimmten Summe besteht. Außerdem ist auch die Unterstellung, daß die Contrahenten bei dem Zeitkauf überhaupt nicht die Absicht haben, diesen zu vollziehen, sondern statt dessen sich über die Differenz zu berechnen, eine durchaus willkührliche: Wer sich die Mühe geben will, die Börsengeschäfte aus der Nähe zu beobachten, wird bald die Erfahrung machen, daß dasjenige, was die Juristen ein Differenzgeschäft nennen, dort ganz und gar unbekannt ist, wie dieses auch von Bender §. 87 bezeugt wird. Will man aber der Absicht, aus welcher Zeitkäufe geschlossen werden, ein entscheidendes Gewicht beilegen, so wird man sich leicht überzeugen, daß ein großer Theil derselben in ganz reeller Absicht geschlossen wird, wie z. B. in allen jenen Fällen, da Jemand von einem auswärtigen Correspondenten Auftrag zum Ankauf oder Verkauf erhält, ohne daß ihm sogleich die zu verkaufenden Papiere oder die zum Ankauf nöthigen Mittel eingesendet werden. Er schließt dann das Geschäft sogleich ab, verschiebt aber die Ausführung bis zu dem Zeitpunkt, da er hoffen darf, die verkauften Papiere, beziehungsweise die zu verwendenden Gelder erhalten zu haben. Ein anderes Beispiel bietet der Fall, wenn Jemand zwar für eigene Rechnung kauft oder verkauft, die Vollziehung aber darum hinausschiebt, weil ihm die zum Ankauf nothwendigen Gelder erst später eingehen, oder weil er erst später wieder Gelegenheit hat, die aus dem Verkauf erzielten Gelder wieder anzulegen. In solchen und ähnlichen Fällen kann von einem Spiel oder einer Wette nicht die Rede sein; vielmehr wird man allgemein anerkennen müssen, daß die Absicht auf den Vollzug des geschlossenen Geschäfts gerichtet ist. Es bleiben nun die anderen Fälle, da dem Zeitkauf eine Spekulation zu Grund liegt, mithin nicht sowohl der Vollzug des Geschäfts als vielmehr der aus dem Geschäft zu erzielende Gewinn in der Absicht des Einen oder beider Contrahenten liegt. Darum kann aber das Geschäft, meiner Ansicht nach, noch nicht als Spiel oder Wette betrachtet werden, man müßte denn überhaupt alle Handelsgeschäfte als Spiel oder Wette ansehen wollen. Unser Handelsgesetzbuch erkennt in seinem ersten Artikel jeden Ankauf von Erzeugnissen oder Waaren für den Wiederverkauf auf G e w i n n als Handelsgeschäft, mithin als ein erlaubtes und klagbares Geschäft an; wir würden daher gegen den ersten Grundsatz unseres Gesetzbuchs verstoßen, wenn wir ein Geschäft deßwegen, weil es in der Absicht, zu gewinnen, geschlossen wurde, als nicht klagbar betrachten wollten. In der That beruht aller Handel auf der Absicht, zu gewinnen. Wir sehen z. B. gerade im jetzigen Augenblick, wie die ganze diesjährige Tabaks-Erndte zu unerhörten Preisen aufgekauft wird. Wohin geht die Absicht der Käufer? Offenbar auf Gewinn. Dabei kann sich kein vernünftiger Kaufmann darüber täuschen, daß seine Spekulation auch fehlschlagen und er ebensoviel oder noch mehr verlieren kann, als er zu gewinnen hoffte. Ist er darum ein Spieler? Oder ist der Ankauf einer Parthie Tabak, welcher stets auf Zeit geschlossen werden muß, weil der Käufer erst noch die nöthigen Anstalten zum Fortbringen des Tabaks treffen muß, ein Spiel oder eine Wette? Gewiß nicht, wenn auch zugestandener Maaßen die Absicht des Käufers lediglich auf Gewinn gerichtet ist. Ebensowenig wird der über Staatspapiere, Aktien u. dgl. geschlossene Zeitkauf als Spiel oder Wette angesehen werden können, wenn auch Ein Contrahent lediglich in der Absicht, zu gewinnen, das Geschäft abgeschlossen haben sollte.

Ohnedies kann nach Art. 1156 des Civilgesetzbuchs nie die Absicht Eines Contrahenten, sondern nur die gemeinschaftliche Absicht beider Vertragspersonen (la commune intention) in Betracht gezogen werden. Es kann daher die Frage nur so gestellt werden, ob der Zeitkauf dann, wenn b e i d e T h e i l e bei dem Abschluß nur eine

Spekulation beabsichtigen, als Spiel oder Wette zu betrachten und darum nicht klagbar ist? Ich glaube, die Frage auch in dieser Fassung verneinen zu müssen, weil Spekulationen durchaus nicht verboten sind, daher sonst gültige Verträge wegen dieser Absicht nicht ungültig werden können. Warum soll eine Spekulation in Staats- oder anderen Papieren weniger erlaubt sein, als eine Spekulation in Tabak, Wein, Oel, Früchten u. s. w.?

Man hat freilich den Zeitkauf nicht nur in Staatspapieren, Aktien und dgl. Papieren, sondern auch in Getreide, Oel, Spiritus, besonders wenn er in großen, die Geldkräfte der Contrahenten übersteigenden Summen abgeschlossen wurde, sowohl bei französischen wie bei deutschen Gerichten als Spiel oder Wette angesehen, weil er in solchen Fällen mit diesen sowohl in dem Wagen großer Summen, in der Zufälligkeit des Ausgangs wie auch in den Folgen, insofern dadurch das Lebensglück Einzelner wie ganzer Familien zerstört wird, übereinstimmt. Dabei wurde aber, wie mir scheint, der charakteristische Unterschied zwischen Spekulation und Spiel oder Wette übersehen. Schon Nebenius hat S. 570 versucht, diesen Unterschied aufzufinden, und stellt ihn dahin auf, daß bei reellen Handelsgeschäften die Absicht der Contrahenten darauf gerichtet sein müsse, einen Waarenumsatz zu vollziehen, was natürlich bei Spiel oder Wette nicht der Fall sein kann. Hierdurch wird aber die Sphäre des Handels viel zu eng gezogen. Der Waarenumsatz ist für den Handelsmann nur ein Mittel, den allgemeinen Zweck, nemlich den Gewinn zu erreichen; jedes Handelsgeschäft wird in der Absicht, zu gewinnen, abgeschlossen, das erkennt das Gesetz selbst in Art. 1 des Handelsgesetzbuchs als charakteristisches Merkmal an; und gerade hierin, also in dem Zweck, stimmt das Handelsgeschäft mit dem Spiel und der Wette überein. Man könnte sogar sagen, daß bei dem Spiel und der Wette nicht so entschieden, wie bei den Handelsgeschäften, die Absicht zu gewinnen, vorherrscht, indem ja auch vielfach lediglich zur Unterhaltung oder zum Zeitvertreib gespielt wird. Wollte man daher in der Absicht der Contrahenten das unterscheidende Merkmal finden, so müßte man jedes Handelsgeschäft als Spiel ansehen und darum für nicht klagbar halten, wir sind deßhalb genöthigt, das unterscheidende Merkmal zwischen Spekulation und Spiel anderwärts zu suchen, und es dürfte nicht allzuschwer sein, dasselbe aufzufinden. Bei dem Spiel und der Wette wird ein Einsatz gewonnen oder verloren, je nachdem ein ungewisses Ereigniß eintritt; Gewinn oder Verlust ist die unmittelbare Folge des Eintretens des Ereignisses. Gerade dieses trifft bei der Spekulation nicht zu; Gewinn und Verlust ist nicht die unmittelbare, sondern nur mittelbare Folge des ungewissen Ereignisses, z. B. ich spekulire in Getreide, und kaufe tausend Malter. Wenn das Getreide im Preise steigt, habe ich gewonnen? Nein, ich k a n n gewinnen, wenn ich realisire, d. h. wenn ich verkaufe. So lang ich nicht verkaufe, habe ich nicht gewonnen. Ebenso umgekehrt, wenn das Getreide im Preise fällt, habe ich noch nicht verloren; erst wenn ich realisire, tritt mein Verlust ein. Da nun die Preise dem Wechsel unterworfen sind, so kann ich, weil ich die günstige Conjunktur nicht zum Verkauf benutzt habe, am Ende noch verlieren; oder umgekehrt, wenn ich in der ungünstigen Conjunktur muthig aushalte, am Ende noch gewinnen.

Man könnte vielleicht entgegnen, dieß sei auf den Zeitkauf nicht anwendbar, bei diesem hänge Gewinn oder Verlust von dem Stand des Preises am Lieferungstag ab. Auch dies ist unrichtig. Wenn ich z. B. am 1. August Getreide, Oel oder Spiritus per Ende Oktober kaufe, so kann ich während der Monate August, September, Oktober realisiren, d. h. weiter verkaufen, dann hat der Preis vom 31. Oktober keinen Einfluß auf meine Spekulation. Oder wenn ich in diesem Zeitraum nicht realisirt habe, kann ich am 31. Oktober beziehen, die Waare bis zu einem günstigen Moment liegen lassen, und dann realisiren. Meine Spekulation ist daher unabhängig von dem Lieferungstag, da ich vorher oder nachher realisiren kann. Wenn ich, ohne die Waare zu besitzen, auf Zeit verkauft habe, so kann ich in gleicher Weise die Zeit bis zum Lieferungstag benutzen, um mir die Waare zu verschaffen. In diesem Fall ist mein Gewinn oder Verlust ebenfalls unabhängig von dem Stand des Preises am Lieferungstag; wenn ich aber unterlassen habe, mir die Waare vorher zu verschaffen, so bleibt mir allerdings nichts anderes übrig, als sie an diesem Tag anzuschaffen und zu liefern, oder mich mit dem andern Contrahenten wegen Nichtlieferung zu verständigen. Der Gewinn, den ich alsdann ziehe, oder der Verlust, welcher mich trifft, ist auch in diesem Falle nicht eine unmittelbare Folge des Standes des Marktpreises, sondern der Art der Realisirung meiner Spekulation. Mit einem Wort, es ist der Ausgang, nicht von dem blosen Zufall, wie bei dem Spiel und der Wette, sondern von der Umsicht und der Erfahrung des Spekulanten abhängig, welcher einerseits den richtigen Zeitpunkt zum An- und Verkauf zu wählen, und andererseits wohl

wissend, daß er sich auch irren kann, seine Kräfte zu bemessen, und durch ruhige Ausdauer die verfehlte Spekulation wieder in eine günstige zu verwandeln versteht. Die Spekulation erfordert zwei Geschäfte, welche Thöl in seinem Handelsrecht §. 88 ganz bezeichnend das Spekulations- und das Realisirungsgeschäft nennt; das Spiel und die Wette nur ein einziges Geschäft. Hier ist Gewinn oder Verlust die Folge des Eintretens eines ungewissen Ereignisses, mithin des blosen Zufalls; dort aber des Realisirungsgeschäfts, welches der freien Entschließung des Spekulanten anheim gegeben ist. Spekulation und Spiel sind daher verschieden, und können nicht nach gleichen Grundsätzen beurtheilt werden. Dagegen muß auch zugegeben werden, daß die Spekulation so übertrieben werden kann, daß dem Spekulanten keine freie Entschließung mehr bleibt, er vielmehr zur Realisirung gezwungen ist. Z. B. es kauft Jemand Waaren oder Staatspapiere für den zehnfachen Betrag seines Vermögens; in diesem Fall setzt er sich selbst in die Lage, am Lieferungstag nicht beziehen und den günstigen Moment zur Realisirung abwarten zu können; er muß, wenn er nicht schon früher realisirt hat, am Lieferungstag realisiren, d. h. verkaufen und zwar zu jedem Preis, wenn er anders Wort halten will. Stehen nun die Preise niedriger, als der Preis, für welchen er gekauft hat, so verliert er die „Differenz;" beträgt diese 10 pCt., so büßt er sein ganzes Vermögen ein, oder wie man an der Börse sagt: il a été exécuté. Einen solchen Spekulanten kann man allerdings einem Spieler vergleichen, der sein ganzes Vermögen auf eine Karte setzt; dennoch ist das Geschäft selbst kein Spiel, sondern im einzelnen Fall dazu benutzt worden. Und hier kommen wir auf die zweite der oben aufgestellten Hypothesen. Es kann nemlich, wurde oben behauptet, gegen die Klagbarkeit des Zeitkaufs entweder der allgemeine Einwand erhoben werden, dieser Vertrag sei im Wesentlichen nichts Anderes als Spiel und Wette, oder der specielle Einwand, der Zeitkauf diene im einzelnen Fall nur zur Einkleidung eines nicht klagbaren Vertrags, wie z. B. eines Spiels oder einer Wette. Von dem allgemeinen Einwand war bisher die Rede, es erübrigt daher noch Einiges über die Einrede der Simulation beizufügen. Daß diese von demjenigen bewiesen werden muß, der sie vorbringt, versteht sich wohl von selbst, Thöl §. 70; dennoch macht man nicht selten die Erfahrung, daß vom Kläger der Nachweis der Reellität des Geschäfts verlangt, und wo dieser nicht geführt wird, die Klage abgewiesen wird, siehe z. B. die Entscheidungsgründe zu dem stadtamtlichen Urtheil in der Sache Götz gegen Cassel. (No. 49 der Annalen).

Das ist offenbar unrichtig; eine Simulation darf nicht vermuthet werden — wird sie erwiesen, mag man darnach erkennen. In welchen Fällen ist aber Simulation vorhanden? Eine allgemeine Regel läßt sich hierüber wohl nicht aufstellen, nur einige Andeutungen als Anhaltspunkte der Beurtheilung einzelner Fälle sollen hier gegeben werden. Wenn z. B. Jemand Lieferungsverträge, die den Betrag seines Vermögens weitaus übersteigen, abschließt, so liegt darin allein noch kein Kennzeichen einer Simulation; denn er kann in ganz reeller Absicht, z. B. in Folge fremder Aufträge abgeschlossen haben. Bekanntlich gibt die östreichische Regierung zuweilen Auftrag zum Ankauf solcher Quantitäten Tabak in der Pfalz, welche das Vermögen eines Privatmanns weit übersteigen. In gleicher Weise können Handlungshäuser Aufträge zum An- und Verkauf von Staats- oder andern Papieren erhalten. Niemand bezweifelt, daß in diesem Fall ein reelles Geschäft vorliegt. Wie aber, wenn Jemand für eigene Rechnung so bedeutende Verträge abschließt?

In diesem Fall steht allerdings sein Vermögen auf dem Spiele; er hat sich durch die Größe der Spekulation der Freiheit seiner Entschließung beraubt; und kann darum nicht den günstigen Moment zur Realisirung abwarten. Er muß oft im ungünstigen Moment realisiren, und setzt sich der Gefahr aus, executirt zu werden (d'être exécuté.) Sein Verfahren hat mit dem eines Spielers die größte Aehnlichkeit; ist aber darum der unterliegende Vertrag simulirt? Zur Simulation gehört nothwendig die Uebereinstimmung beider Theile. Wenn der Eine spielt, so kann der Andere weit entfernt von jedem derartigen Gedanken sein. Ein schlagendes Beispiel wird dieses anschaulich machen: Die Regierungen begeben bekanntlich die bedeutenden Anlehen, welche sie contrahiren, mittels Verkauf der betr. Obligationen auf Zeit; in den badischen Regierungsblättern findet man mehrere Ausschreiben des großh. Finanz-Ministeriums über solche Begebungen. (s. z. B. Reg. Bl. von 1840 No. 14.) Prüft man dieselben vom juristischen Standpunkt, so sind sie nichts Anderes als Zeitkäufe, oder richtiger, Verkäufe auf Zeit (ventes à terme). Wenn nun Jemand, der ein mäßiges Vermögen hat, mit einer Regierung über Millionen abschließt, so ist es wohl möglich, daß er bei einigen unvorhergesehenen Cours-Aenderungen sein ganzes Vermögen einbüßt, aber

Niemanden wird es darum beifallen, den Vertrag als verdeckten Spielvertrag anzusehen, weil bezüglich des Mitcontrahenten an der ernstlichen Absicht, den Vertrag so wie er vorliegt, zur Vollziehung zu bringen, nicht der mindeste Zweifel obwalten kann. Uebrigens kann dieses Beispiel zugleich dazu dienen, zu zeigen, daß der Zeitkauf auch dann, wenn er nur der Spekulation dient, gleichwohl vom Spiel wesentlich verschieden ist. Bei dem Spiel handelt es sich immer um den Einsatz, der je nach dem Ausgang des Spiels gewonnen oder verloren wird. Hat aber Jemand in so großen Summen, wie oben angegeben, mit einer Regierung contrahirt, so kann er vor dem zur Lieferung bestimmten Zeitpunkte den ganzen Betrag der zu übernehmenden Obligationen oder den größern Theil derselben weiter verkaufen, oder er kann andere Handlungshäuser bei dem Geschäft betheiligen, oder er kann, wie dies gewöhnlich geschieht, Subscriptionslisten auflegen u. drgl. m., so daß die anscheinend große Gefahr vollständig oder größtentheils beseitigt wird. Es ist hier auch wieder die Art und Weise, wie die Spekulation realisirt wird, über Gewinn oder Verlust entscheidend, und gerade hierin zeichnet sich der umsichtige Kaufmann von den tollen Spekulanten aus. Jener macht oft großartigere Geschäfte wie dieser, aber er zieht dabei sowohl seine Mittel wie auch die Gelegenheit zur Realisirung zu Rath. Wenn aber auch der tolle Spekulant einem Spieler zu vergleichen ist, so darf dennoch das Geschäft, mittels dessen er seine Spekulation ausführt, in so lange nicht als Spiel gelten, als nicht erwiesen ist, daß der andere Contrahent die Hand dazu geboten hat, unter dem Scheine eines Zeitkaufs ein bloses Spiel oder eine Wette zu verdecken. Denn es wäre doch gewiß im höchsten Grade widersinnig, Jemanden seines Vertrags darum zu entbinden, weil er wider das Gesetz gehandelt hat, während man ihn in Gemäßheit des Vertrags verurtheilen würde, wenn er keine Umgehung des Gesetzes beabsichtigt hätte.

Die gangbare Theorie über den Zeitkauf scheint mir nichts Anderes als ein Freibrief für die Unredlichkeit. Ein Schelm spekulirt in kleinern oder größern Beträgen, je nachdem er Credit findet; geht es gut, so streicht er den Gewinn ein; geht es schief, so lacht er sich in's Fäustchen. Versteht der Andere keinen Spaß und klagt, so reicht die Einwendung, er habe gespielt, hin, um dem Andern noch die Prozeßkosten aufzuladen. Gegen eine solche Manipulation empört sich nicht allein unser moralisches Gefühl, sondern auch die ersten und bekanntesten Rechts-Prinzipien können demselben entgegen gehalten werden:

„Verträge erfordern redlichen Vollzug", sagt Art. 1134. Wo ist aber Redlichkeit bei dem, der den Gewinn einstreicht, den Verlust aber dem Andern überläßt?

„Niemand kann aus seiner eigenen Schlechtigkeit Vortheil ziehen, ist ein ganz bekannter Rechtssatz. Wer aber gemein genug ist, einer Spekulation, die wider sein Erwarten ausgefallen ist, die Einwendung, er habe gespielt, entgegen zu setzen, wird seiner Verbindlichkeit enthoben."

„Eine außerhalb der Vertragsurkunde erhobene Absicht kann den klaren Worten des Vertrags nicht entgegengestellt werden", sagt Art 1165a. Dennoch werden Klagen aus ganz klaren Verträgen abgewiesen, weil man aus gewissen Umständen den Schluß zieht, die eine oder andere Parthie habe etwas Anderes beabsichtigt, als was der Vertrag besagt.

Nur die gemeinschaftliche Absicht beider Contrahenten kann überhaupt in Betracht gezogen werden, daher nur dann, wenn beide Theile in pari turpitudine versiren, eine Simulation angenommen und die Klage deßhalb abgewiesen werden kann. Ausführlicher habe ich mich hierüber in den Annalen von 1847 No. 16 S. 110—116 ausgesprochen.

Dr. Ladenburg.

II.

1) Thatbestand des Meineids resp. Handgelübdebruchs. §. 484. 502 St.G.B. Annalen XXI. S. 270.

2) Erfordernisse der Anschließung des Beschädigten. §. 329 Str.P.O.

In der bürgerlichen Streitsache des Stephan Keller gegen Pius Güntert, Forderung betreffend, wurde Maria Rebmann wegen einer Zahlung von 20 fl. 15 kr., die sie von Güntert, wie dieser behauptet, in Empfang genommen habe und wodurch die eingeklagte Forderung um diesen Betrag getilgt worden wäre, zum Streite beigeladen und ihr über diese Empfangnahme der Zahlung das Handgelübde zugeschoben, das sie auch auf feierliche und rechtsgültige Weise abgelegt hat.

Nun wurde aber die Maria Rebmann beschuldiget, dieses Handgelübde wissentlich falsch geleistet zu haben und deßhalb Untersuchung gegen sie eingeleitet. Pius Güntert hatte sich der Untersuchung angeschlossen.

Bei der Aburtheilung war ein Votant der Ansicht, daß es hier am Thatbestand des Handgelübdebruchs fehle, daß daher die Einstellung des Verfahrens zu verfügen sei, weil aus den beigebrachten Beweisen mit mehr Wahrscheinlichkeit hervorgehe, daß die fragliche Zahlung, wenn sie von Pius Güntert wirklich geleistet worden, an Stephan Keller geschehen sei, als an die Angeschuldigte, weil die Beiladung der Angeschuldigten in dem fraglichen Rechtsstreite gerade mit der Behauptung und zu dem Zwecke erfolgte, daß die Angeschuldigte eine eigene Handlung, nämlich die eigene Empfangnahme des Geldes als nicht wahr handgelübdlich versichern sollte; weil somit die Angeschuldigte keineswegs eines Handgelübdebruchs sich schuldig gemacht hätte, wenn Keller die Zahlung empfangen hat, selbst wenn dieses der Angeschuldigten bekannt gewesen wäre, indem diese Thatsachen außer dem Zwecke der fraglichen Beiladung gelegen sind.

Die Majorität des Collegiums war jedoch anderer Ansicht, und es wurde Maria Rebmann durch Urtheil des Hofgerichts des Seekreises des Handgelübdebruchs für schuldig erklärt und in die gesetzliche Strafe verfällt.

In den Entscheidungsgründen ist gesagt:

Daß die Angeschuldigte wissentlich falsch das Handgelübde abgelegt hat, ergibt sich daraus, weil es eine eigene Handlung ist, die sie als nicht existirend handgelübdlich versichert hat.

Aus dem Zeugnisse des Bürgermeisters Theodor Rebmann scheint zwar hervorzugehen, daß Pius Güntert die Zahlung nicht unmittelbar an die Person der Angeschuldigten, sondern an deren Sohn Stephan Keller geleistet habe, welche Annahme durch die Quittung des seither verstorbenen Gemeinderechners vom 9. September 1850 unterstützt wird, wornach Keller es war, der die Zahlung der Gemeindeschuld, wegen welcher Pfändung erkannt war, an die Gemeindekasse entrichtet hat. Allein aus demselben Zeugnisse, sowie aus der eigenen Angabe der Angeschuldigten geht hervor, daß sie jedenfalls, wenn Pius Güntert das Geld auch nicht ihr selbst, sondern ihrem Sohne Stephan Keller eingehändigt hat, hievon sichere Kenntniß hatte; und da sie und ihr Ehemann damals gegenüber dem Pius Güntert die Berechtigten und gegenüber der Gemeindekasse die Verpflichteten waren, Stephan Keller aber erst im Dezember 1850 durch eine Vermögensübergabe der Rechtsnachfolger der Angeschuldigten geworden ist, so hat sie auch für diesen Fall sich eines Handgelübdebruchs schuldig gemacht, indem es im fraglichen Civilprozesse nur darauf ankam, ob jene Zahlung von Pius Güntert zu ihrem Vortheile geleistet wurde, es aber unerheblich war, ob sie an die Angeschuldigte selbst oder an Stephan Keller geleistet worden ist.

In dem Urtheile war über die Enschädigungsansprüche des Pius Güntert nichts gesagt. Derselbe verlangte daher nachträglich Entscheidung hierüber. Das Hofgericht erließ hierauf folgende Verfügung:

Pius Güntert hat zwar erklärt, daß er sich hinsichtlich des ihm gebührenden Ersatzes dem Strafverfahren anschließe. Allein hierin ist dasjenige keineswegs enthalten, was zum Wesen der Anschließung gehört; Güntert hat namentlich kein Begehren gestellt, und nicht einmal die Summe bezeichnet, die er als Entschädigung anspreche. Ferner, wenn auch das Bezirks Amt in jener unzureichenden Erklärung eine ordnungsmäßige Anschließung erblickt hätte, so hat es unterlassen, die Angeschuldigte darüber zu hören.

Beim Vorhandensein solcher wesentlicher Mängel der Rechtsbegründung und des Verfahrens kann daher ein Urtheil über den Entschädigungspunkt nicht erfolgen.

Gegen das Urtheil ergriff die Maria Rebmann den Rekurs und gegen die letzterwähnte Verfügung erhob Pius Güntert Beschwerde.

Von großh. Oberhofgericht wurde das Urtheil bestätigt, ohne sich in den Entscheidungsgründen über den Thatbestand näher auszusprechen, dagegen die Beschwerde des Pius Güntert für begründet erklärt und die Maria Rebmann zum Ersatze von 20 fl. 15 kr. verfällt, indem, wie in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen gesagt ist, Güntert durch seine Erklärung, wegen des ihm gebührenden Ersatzes sich der Untersuchung anzuschließen, die Absicht, die Verurtheilung der Angeschuldigten zur Bezahlung der eben da — unter Berufung auf die Civilprozeßakten — erwähnten — ihm „abgeschworenen" — Summe von 20 fl. 15 kr. gleichzeitig herbei zuführen, hinreichend zu erkennnen gegeben hatte, indem ferner, wenn auch die an die Angeschuldigte gerichtete Frage 9 nicht als eine Vernehmung derselben über jenen Anspruch betrachtet werden könnte, durch die Aufnahme desselben in die den Betheiligten eröffnete Zusammenstellung des Untersuchungsrichters im Wesentlichen dasjenige geschehen

war, was mit Rücksicht auf die vom Gesetze bezweckte schnelle Abfertigung solcher Ansprüche und auf §. 329 der Str.Pr.O. dem Erkenntniß darüber vorherzugehen hatte.

Hgr.

III.

Das Wohnungsrecht ist eine untheilbare Dienstgerechtigkeit und geht durch theilweise Consolidation nicht verloren.

(Zu L.R.S. 625 vergl. mit 617 Abs. 3.)

In einem bei dem großh. Bezirksamte Kork anhängigen Rechtsstreite (Georg Hörbee von Eckartsweier gegen Johann Göpper Wittwe von dort, Räumung eines Wohnhauses betr.), kam die Frage zur Erörterung, ob das Wohnungsrecht, welches der Beklagten zustund, in Folge des späteren Erwerbes des Eigenthumsrechtes an einem Theile des Wohnhauses erloschen sei.

Der Unterrichter nahm an, daß das Wohnungsrecht, wie der usus im römischen Rechte, eine untheilbare Servitut sei und daher nicht durch theilweise Consolidation erlöschen könne.

Diese Ansicht theilte auch das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises, indem in den Entscheidungsgründen zu dem hofgerichtlichen Urtheile in dieser Sache hervorgehoben wird:

„Allerdings muß man mit dem Unterrichter annehmen, daß in der Regel der Eintritt des Wohnungsberechtigten in das unabgetheilte Miteigenthum des dienenden Hauses keine Erlöschung des Wohnungsrechts durch Consolidation zur Folge hat, weil nur für den Antheil des Berechtigten eine Wiedervereinigung der Eigenschaften des Eigenthümers und Dienstbarkeits-Berechtigten stattfindet, mithin die Consolidation nur eine theilweise ist. Wenn nun, wie das Wohnungsrecht, die Dienstbarkeit untheilbar ist, so wirft sich die Frage auf: ob die theilweise Consolidation die Dienstbarkeit ganz aufhebt oder ganz fortbestehen läßt, und der Grundsatz, daß die Fortdauer der Rechte im Zweifel zu unterstellen ist, führt dazu, diese Frage zu Gunsten des Bestands der Dienstbarkeit zu beantworten."

Thibaut, Pandekten, VIII. Aufl. §. 768 Note h.
v. Vangerow, Pandekten, III. Aufl. p. 646 lit. e.
Marcadé droit civ. Bd. III. p. 279—283. Pariser Ausgabe.
Proudhon d'usufruit No. 2064 ff. Brüßler Ausg.
Proudhon d'usage Bd. II. No. 580 Originalausg.

Link, Rfsr.

Berichtigung.

In No. 51 S. 406 Sp. 1 Z. 19 von unten ist „entweder" statt „untereinander" zu lesen.

Anzeige.

Mit dem Januar 1857 beginnt der **XXIV.** Jahrgang dieser Zeitschrift. Der Preis für das Semester beträgt wie bisher 2 fl. 30 kr.

Man bittet, die Bestellungen, welche sowohl bei den großh. Postämtern als bei den Buchhandlungen des Landes gemacht werden können, gefälligst zu beschleunigen, damit die Zusendung rechtzeitig erfolgen kann.

Mannheim im Dezember 1856. **Buchhandlung von J. Bensheimer.**

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.